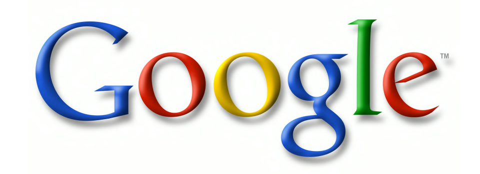
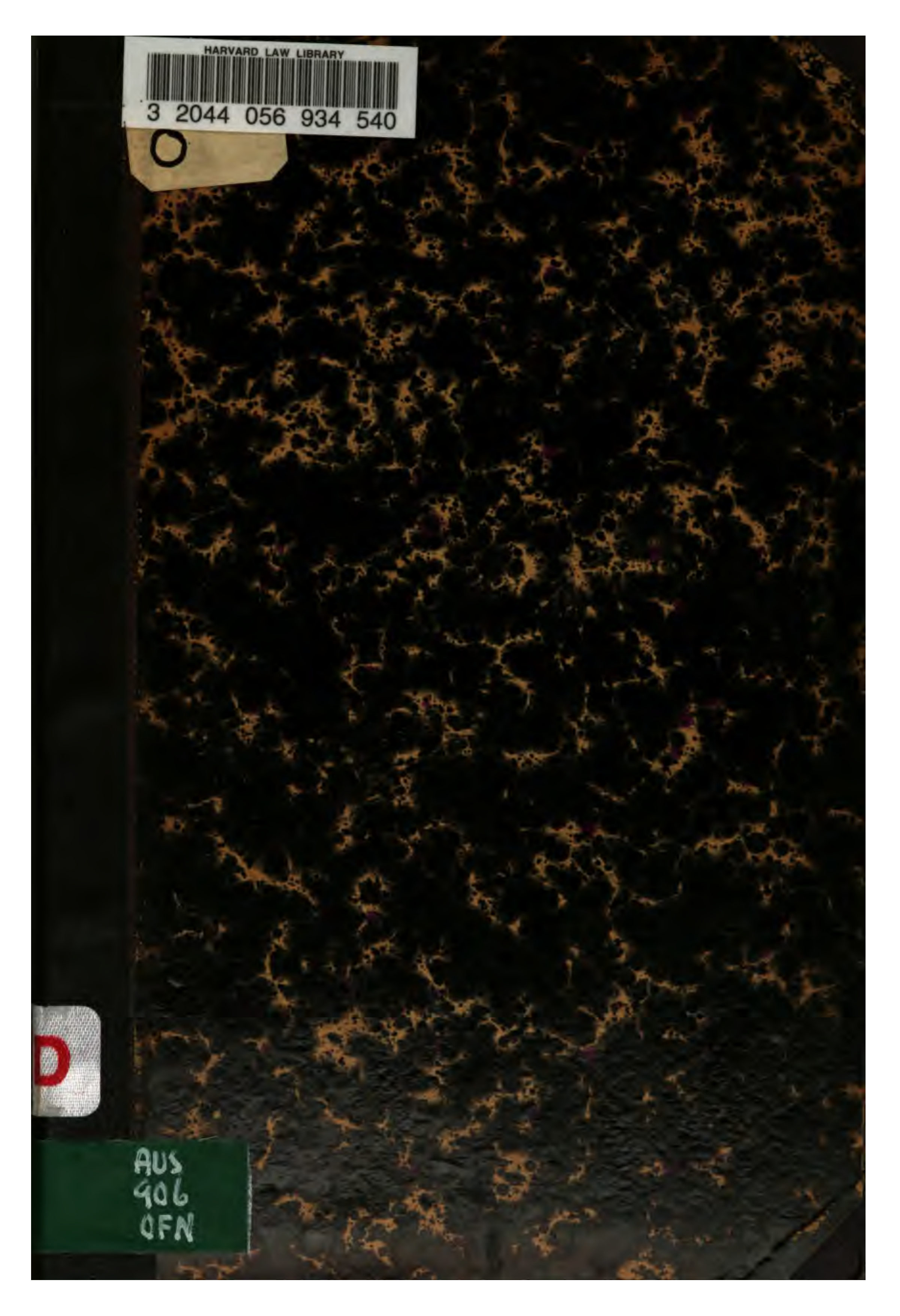





HARVARD LAW LIBRARY
3 2044 056 934 540
AUS
906
OFN

Austria
13

Dr. [illegible]

STUDIEN

SOZIALER JURISPRUDENZ.

Von

Dr. JULIUS OFNER.

WIEN 1894.
ALFRED HÖLDER,
K. U. K. HOF- UND UNIVERSITÄTS-BUCHHÄNDLER,
ROTHENTHURMSTRASSE 15.

Forty

INHALT.

I. Die Jurisprudenz als soziale Technik.

Ist es nicht seltsam, dass die Jurisprudenz, deren Gegenstand die grössten Interessen berührt, selbst kein Interesse hervorruft; dass sich freie Geister von ihr abgestossen fülen und wenn die Not des Lebens sie an das Rechtsstudium weist, sich anderwärts geistige Anregung suchen? Vor einiger Zeit stiess ich auf ein Büchlein, das mich der Lösung dieses Rätsels näher brachte. Es enthielt einen Vortrag, den 1848 der damalige Staatsanwalt und spätere philosophische Schriftsteller Kirchmann in der juristischen Gesellschaft in Berlin gehalten hat, betitelt: „Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft" (Berlin, 1848, Jul. Springer). Der Vortrag fasst in kurzen Zügen die Vorwürfe zusammen, welche gegen die Jurisprudenz erhoben werden.

„Die Jurisprudenz — sagt Kirchmann — ist keine Wissenschaft und erreicht nicht den wahren Begriff derselben; sie entbehrt auch des Einflusses auf die Wirklichkeit und auf das Leben der Völker, wie ein solcher jeder Wissenschaft zukommt." Das heisst mit einiger Umschreibung: Die Jurisprudenz ist nichts und leistet nichts.

Die Begründung ist in Kurzem folgende:

Die Jurisprudenz hat es wie jede andere Wissenschaft mit einem Gegenstande zu tun, der selbständig, frei und unabhängig in sich besteht, unbekümmert ob die Wissenschaft existirt, ob sie ihn versteht oder nicht. Dieser Gegenstand ist das Recht, wie es in dem Volke lebt und von jedem

Einzelnen in seinem Kreise verwirklicht wird. Man könnte es das natürliche Recht nennen. (S. 7.)

Die Aufgabe der Jurisprudenz ist, diesen ihren Gegenstand zu verstehen, seine Gesetze zu finden, die Verwandtschaft und den Zusammenhang der einzelnen Bildungen zu erkennen und endlich ihr Wissen in ein einfaches System zusammenzufassen. Sie ist aber seit Baco's Zeiten stationär geblieben. (S. 10.)

Die Erklärung liegt zunächst im Gegenstande. Er ist veränderlich. Sonne, Mond und Sterne scheinen heute wie vor Jahrtausenden, die Rose blüht heute noch so wie im Paradiese, das Recht aber ist seitdem ein anderes geworden. Die Ehe, die Familie, der Staat, das Eigentum haben die mannigfachsten Bildungen durchlaufen. Für andere Wissenschaften erwächst daher aus ihrem langsamen Schritt kein Schaden. Ihre Gesetze bleiben wahr für alle Zukunft. Die Rechtswissenschaft kommt dagegen bei der fortschreitenden Entwicklung immer zu spät, niemals kann sie die Gegenwart erreichen. (S. 13.)

Deshalb steht die Rechtswissenschaft dem Fortschritt des Rechtes stets feindlich entgegen und zwängt, selbst wenn sie dem Fortschritt nachgibt, die Bildungen der Gegenwart in die Kategorien verstorbener Gestalten. (S. 15.)

Sie wurde ferner dadurch verleitet, über das vergangene Recht das der Gegenwart völlig zu vergessen und dem verachteten Handwerk der Praktiker zu überlassen. Die geschichtliche Schule liefert hiefür der Belege genug. (S. 16.)

Eine andere Eigentümlichkeit des Gegenstandes der Jurisprudenz zeigt sich darin, dass das Recht nicht blos im Wissen, sondern auch im Fühlen ist. Die Objekte anderer Wissenschaften sind von diesem Zusatze frei. Nur die Wahrheit wird verlangt. Im Rechte dagegen werden alle grossen Fragen des Tages zu Parteifragen. Es muss erst die Zeit mit ihrer beruhigenden Kraft über die Frage hinweggegangen sein, ehe die Wissenschaft hervortreten und frei die Wahrheit finden kann, aber freilich dann meist zu spät. (S. 18.)

Eine weitere Eigentümlichkeit des Rechtes, deren Folgen die bisher besprochenen weit überragen, ist die Gestalt des positiven Gesetzes. (S. 19.)

Jedes positive Gesetz ist bedingt durch den Grad der Kenntniss des natürlichen Rechtes; daher der Inhalt neben dem

Wahren auch genug des Unwahren enthält. Form und Ausdruck sind vielfach mangelhaft. Das positive Gesetz ist starr, abstrakt, in seiner letzten Bestimmtheit Willkür, endlich die allzeit bereite Waffe, wie für die Weisheit des Gesetzgebers, so auch für die Leidenschaft des Despoten. (S. 21.) Die Wissenschaft wird durch das positive Gesetz zu einer Dienerin des Zufalls. Soweit das Gesetz der wahre Ausdruck des natürlichen Rechtes ist, bleibt ihr nur das Werk des Erklärens, das Werk des Schulmeisters. Für die Forschung bleibt ihr nur das Unwahre. Damit wird sie aber selbst zur Zufälligkeit; drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zur Makulatur. (S. 23.)

Die Wissenschaft äussert aber auch selbst durch die Aufname des Gegenstandes in ihre Form eine zerstörende Kraft auf den letzteren. Ein Volk muss wissen, was das Recht im einzelnen Fall fordert und es muss mit Liebe seinem Rechte ergeben sein. Werden dem Rechte diese Momente genommen, so ist es ein todtes, kein Recht mehr. Indem die Wissenschaft an das Recht herantritt, ist die Zerstörung dieser Elemente unvermeidlich. Das Volk verliert die Kenntniss seines Rechtes und seine Anhänglichkeit an dasselbe. Die wahren Prozesse, wo das Recht streitig ist, sinken durch die zerstörende Wirkung der Wissenschaft zu einer blossen Spekulation herab. Die Rechtspflege ist durch die Wissenschaft zum Glücksspiel geworden. (S. 34.)

Aus diesem inneren Widerspruch zwischen Zweck und Resultat der Jurisprudenz ist auch die sonderbare Empfelung und Begünstigung der Vergleiche hervorgegangen, das klarste *testimonium paupertatis*. (S. 36.)

Was hat die Rechtswissenschaft, fragt Kirchmann, für Werkzeuge erfunden, für Einrichtungen geschaffen, um ihren Gegenstand, das Recht, den Menschen zugänglicher zu machen, die Last, den Schmerz der Entwicklung ihnen zu mildern? Ich suche eifrig nach allen Richtungen, und was ich finde, sind Formulare zu Rechtsgeschäften und Prozesshandlungen, eine Menge von Verwarnungen, Belehrungen, Formen und Klauseln, endlich das Gebäude des gemeinen Prozesses voll Gründlichkeit und Gelehrsamkeit, kurz Alles, nur nicht den Weg, bei seinem Leben zu seinem Rechte zu kommen. Die grosse Masse der

Nation ist im Beginn einer Entwicklung stets besonnen; sich selbst unklar wendet sie sich fragend an die Wissenschaft nach Lösung der Zweifel. Aber die Wissenschaft hat von jeher sich dazu ohnmächtig erwiesen, die Gegenwart hat sie noch niemals verstanden. Man wende nicht ein, dass dergleichen Dinge nicht zur Rechtswissenschaft, sondern zur Politik und Kunst der Gesetzgebung gehören. Dies eben ist das Klägliche der Jurisprudenz, dass sie die Politik von sich aussondert, dass sie damit sich selbst für unfähig erklärt, den Stoff, den Gang der neuen Bildungen zu beherrschen oder auch nur zu leiten, wärend alle anderen Wissenschaften dies als ihren wesentlichsten Teil, als ihre höchste Aufgabe betrachten. Jene vielgerühmte Fortbildung des Rechtes durch die Juristen, von der man jetzt in allen Kompendien lesen kann, läuft nur auf das Spielwerk des kleineren Details hinaus. Das Fundament legen, den neuen Bau kräftig in die Höhe führen, das können die Juristen nicht. —

Soweit Kirchmann. Seine Ausführungen sind ein Gemisch von Wahrheit und Irrtum. Aber der Jurist muss mit Beschämung zugestehen, dass die realen Vorwürfe, die sie enthalten, noch heute begründet sind. Handwerksmässig und spitzfindig — so ist noch heute wie vor 200 Jahren die juristische Tätigkeit. Die grossen Fortschritte der Metodik, der Denk- und Forschungsweise seit Baco sind an ihr abgeglitten. Sie steht der Aufgabe, welche ihr die grossen sozialen Fragen der Gegenwart stellen, fremd gegenüber. Sie ist zur Lösung nicht reif, und, was das Schlimmste ist, sie will es nicht sein. Sie wehrt sich selbst gegen ihren Beruf. Sie will nicht frei denken. Sie lehnt jede Forschung nach allgemeinen Grundsätzen ab und nennt sie verächtlich Naturrecht. Sie erklärt sich ausdrücklich stolz als blosse Auslegungswissenschaft, und geltende Satzung allein als ihren Gegenstand. Es gibt für sie nur bestehendes, nur römisches, deutsches, österreichisches Recht, aber kein Recht der Gegenwart und kein der Wissenschaft genügendes Recht.

Man darf selbstverständlich aus dem Gegensatz kein Wortspiel machen wollen. Geltendes und wissenschaftlich entsprechendes Recht sind wesentlich verschieden. Es ist auch geraten, sie schon im Ausdruck derart zu trennen, dass man nicht in die Gefar

gerät, sie zu verwechseln; sowie es in der Volkswirtschaftslehre gut ist, Gebrauchs- und Tauschwert mit anderen Namen zu bezeichnen. Wenn man blos in diesem sprachlichen Sinn das Wort Recht für geltendes Recht vorbehalten will, so ist dagegen nichts zu erinnern, obwol es mit dem Sprachgebrauch nicht ganz übereinstimmt. Aber das, was nach wissenschaftlich durchdachter Erfarung (nicht allerorten und allezeit, sondern jetzt und bei uns) gelten soll, wird objektiv als Gegenstand des juristischen Nachdenkens verworfen. Die Jurisprudenz, sagen ihre Lehrer, hat sich grundsätzlich nur mit positivem Recht zu beschäftigen; bevor ein Satz, der seinem Inhalte nach Rechtssatz ist, in einem Lande sanktionirt wurde, gehört er nicht in ihr Gebiet. In welches denn? Die Frage hat den Juristen nicht zu kümmern. „Solche Fragen, sagt Hölder („Ueber den Entwurf eines deutschen bürgerlichen Gesetzbuches"), lassen mit den Mitteln der Jurisprudenz sich nicht entscheiden, und würden daher für den Juristen nicht existiren, wenn er ausschliesslich Jurist wäre." Der kürzlich gestorbene Windscheid, das jüngste geistige Haupt der orthodoxen Schule, hat in diesem Sinne die Jurisprudenz ausdrücklich als „Magd" der Gesetzgebung bezeichnet. „Eine Magd mit einer Herrscherkrone", hat er hinzugefügt. Aber die Krone könnte nur bezeichnen, was die Magd war oder sein sollte; das Zeichen ihrer wirklichen Stellung ist die Kette.

Die Wissenschaft ist frei. Eine Doktrin, welche dient, hat auf den Gehalt der Wissenschaft verzichtet. Der Ausspruch eines Gesetzgebers kann für weiteres Denken nur eine schwankende und unzuverlässige Grundlage sein. Wenn der Gesetzgeber sich geirrt hat, ist die sogenannte Wissenschaft, die ihm folgt, nur eine Erweiterung und Vertiefung dieses Irrtums. Alle Wissenschaft, darin hat Kirchmann zweifellos Recht, hat das Wirkliche, an sich Wahre zum Gegenstand. Wenn der Forscher richtig beobachtet und geschlossen hat, so muss auch sein Resultat richtig sein. Der Jurist, der ein Gesetz über Folter oder Hexenprozess, über Sklaverei, Schuldknechtschaft oder despotische Gewalt zum Gegenstand seiner Auslegung genommen hat, muss aber, je getreuer er ist, zu desto unrichtigeren Folgerungen gelangen. So lange die Jurisprudenz nicht den Irrweg verlässt, nur Auslegung sein zu wollen, so lange kann sie nicht wissenschaftlich sein.

Der Beweis ist auch praktisch leicht zu führen. Niemand wird zweifeln, dass ein Gesetz auch schlecht sein kann, und die römischen Juristen — gute Juristen — haben es dann abgeschwächt oder umgangen; nach welchem Gesichtspunkt haben sie das Gesetz beurteilt und ausgelegt?

Savigny hat nicht die Herrschaft des römischen Rechtes, wie es zu Justinian's Zeit bestand, sondern des heutigen römischen Rechtes verlangt; von welchem Gesichtspunkt aus wird ein Satz zum heutigen Recht gewiesen?

Die neue Zeit hat eine Reihe sozialer Erscheinungen hervorgebracht, die noch nicht gesetzlich geregelt sind und doch den Richter brauchen; nach welchem Gesichtspunkt wird er entscheiden?

Die Schlagworte: Billigkeit, Natur der Sache, Zweckmässigkeit, Rechtsanalogie, die man anwendet, weisen alle auf ein freies Denken hin, welches von dem Gesetze unabhängig ist und es seinen Grundsätzen unterzieht.

Mit dem bestehenden Gesetz kann diese freie, wissenschaftliche Jurisprudenz nur in doppeltem Verband stehen. Das Gesetz muss, solange es Gesetz ist, befolgt werden. Das verlangt nicht blos der Wille der Mächtigen, sondern auch die bewährte Erfarung, dass eine schlechte Ordnung noch immer besser ist als keine. Die Jurisprudenz, soweit sie an das geltende Recht gebunden ist, muss daher die Aufhebung eines von ihr als schlecht erkannten Gesetzes verlangen, inzwischen aber ihre Aufgabe in den Grenzen, welche es ihr stellt, bestmöglich zu erreichen suchen. Ausserdem ist das geltende Recht selbst Material der wissenschaftlichen Forschung. Die verschiedenen geltenden Rechte können gesammelt, verglichen und allgemeinere Tatsachen des menschlichen Verkehrs aus ihnen erkannt werden. Aber was man geltendes Recht nennt, ist unter diesem Gesichtspunkt eine verwickelte Tatsachenmasse, welche zerlegt und deren ursächlicher Zusammenhang mit den zu ihrer Zeit bestandenen Verhältnissen erforscht werden muss, bevor sie belehren und zu allgemeineren Schlüssen Anlass geben kann. Die Gesetze Roms und der germanischen Stämme, des alten Roms und der justinianischen Zeit geben durch ihre einfache Zusammenstellung noch kein wissenschaftliches Ergebniss; die Begriffe, welche die Rechtsgelehrsamkeit des Mittelalters gebildet hat, um verschiedene Institute ohne

Prüfung ihrer wirtschaftlichen Bedeutung in eine Gruppe einzuordnen, haben keinen realen Wert. Nur als Ergebniss einer kausalen Entwicklung, als Folgen veränderter sozialer Verhältnisse und als Ursachen weiterer Veränderungen sind die geltenden Gesetze wissenschaftliches Material; ihre Eigenschaft, positives Recht zu sein, tritt in den Hintergrund.

Was vom Gesetze gesagt wurde, gilt in ähnlicher Weise auch vom Gewonheitsrecht. Die beiden Quellen des geltenden Rechtes unterscheiden sich in ihrem Verhältniss zur freien Forschung nur wenig. Kirchmann teilt einen verbreiteten Irrtum, wenn er das gewonheitsmässig entstandene oder von ihm sogenannte natürliche Recht als Objekt der Rechtswissenschaft auffasst. Es kommt dies von der vielfachen Bedeutung des Wortes natürlich her, welche schon manche Verwirrung angerichtet hat.

„Natürlich" steht zunächst dem „übernatürlich" gegenüber. Dieser Gegensatz ist für den Juristen nicht von Wert. In seiner Sphäre ist Alles natürlich. Gesetz und Gewonheit, Gedanke und Tat, Vertrag und Verbrechen sind ebenso natürliche Tatsachen wie Geburt und Tod.

Dann aber bedeutet das Wort einmal das Ursprüngliche, vom Menschen Unabhängige, im Gegensatz zu dem durch Zutun des Menschen Gewordenen, und man spricht von der Natur, die sich nicht austreiben lässt, vom Naturzustand, von natürlichen Heilquellen, natürlichen Fähigkeiten und Leidenschaften des Menschen, von dem natürlichen Rechte der Gewalt u. A. Das andere Mal bedeutet es das Logische, Vernünftige und dadurch Selbstverständliche, und man spricht von den natürlichen Folgen einer Handlung, von natürlicher Billigkeit, man sagt, dass man mit dem Zweck natürlich auch die Mittel wolle, dass ein Vertrag natürlich *(nihil tam naturale est)* so gelöst wie geschlossen werde, und anderes.

Das Ursprüngliche wird wiederum einmal der wirklichen Kultur und Bildung, das andere Mal der Hyperkultur und Verbildung gegenübergestellt. Unter einem natürlichen Menschen stellen wir uns etwas Anderes vor, als unter einem Naturmenschen; natürliche Erziehung, natürliches Benehmen, natürliche Freundlichkeit haben mit dem Naturzustande Rousseau's nichts gemein. Für die Römer war das *jus naturale* der Gegen-

satz zum *jus civile* und bezeichnete entweder das rein tatsächliche oder animalische Verhältniss *(jus quod natura animalia docet)*, oder das *jus gentium*, oder das vom Civilrecht nicht anerkannte, aber doch aus Ordnungs- oder Billigkeitsrücksichten geschützte Verhältniss. Das Naturrecht des Mittelalters lehnte an das *jus gentium* an, betrachtete aber die Vernunft als allgemeine charakteristische Eigenschaft des Menschen und suchte deshalb aus Grundsätzen der Vernunft ein allgemeines Recht abzuleiten.

Kirchmann versteht unter natürlichem Recht zuerst die Ordnung der sozialen Verhältnisse, welche sich ohne Jurisprudenz und, wie es sich aus seiner weiteren Darstellung zeigt, auch ohne Gesetz entwickelt, also das Gewonheitsrecht. Bei der Beurteilung der Gesetze aber sagt er: „Soweit das Gesetz der wahre Ausdruck des natürlichen Rechtes ist, bleibt der Wissenschaft nur das Werk des Erklärens“ (S. 23), und versteht also hier natürlich als richtig oder sachgemäss. Darin liegt aber ein Irrtum.

Das Gewonheitsrecht hat gegenüber dem Gesetz wichtige Vorzüge, es hat auch viele Nachteile. Der mächtigste Trieb des Menschen ist der Eigennutz. Eigennutz vorzugsweise hat die ursprünglichen sozialen Verhältnisse geschaffen. Eigennutz, Stolz, Trägheit und Misstrauen stellen sich allen, auch den notwendigen Neuerungen entgegen. Ein Fortschritt, der nicht mit augenscheinlichen Vorteilen verbunden ist, findet in der sesshaften Bevölkerung oft den hartnäckigsten Widerstand. Die grossen Reformen im 18. und im Anfang des 19. Jahrhunderts in Deutschland waren von erleuchteten Fürsten getragen. Auch das Gewonheitsrecht ist ein Herr, und manchmal ein harter Herr, und die Doktrin, die ihm dienen würde, wäre keine freie Wissenschaft. Die Jurisprudenz hat nicht das von Kirchmann sogenannte natürliche Recht, sondern Gewonheits- und Juristenrecht haben gemeinschaftlich die sozialen Beziehungen und Interessen zum Gegenstand.

Das Verhältniss zwischen Gewonheitsrecht, Gesetz und Jurisprudenz mag durch eine Vergleichung anschaulicher gemacht werden.

In eine öde Gegend (die Vereinigten Staaten Amerikas und Polynesien bieten noch heute Beispiele genug) kommen Ansiedler. Sie bauen ihre Hütten und Häuser, jeder wie er es versteht und

wünscht. Macht einer eine Verbesserung, welche sich bewährt, so ahmen ihm Andere nach. Allmälig entsteht in dieser „natürlichen“ Weise ein Baustil, und wenn er längere Zeit unverändert bleibt, so bietet dies Gewähr für eine gewisse Festigkeit und Bewohnbarkeit der Häuser. Entsteht ein Dorf, werden Gassen notwendig, wohnen mehrere Familien vereint, oder wird die Festigkeit und Lichte eines Hauses von der Anlage des Nachbarhauses abhängig, so entwickelt sich eine Bauordnung, d. h. man nimmt und verlangt bei dem Bau Rücksicht auf die Anderen. Die Bauordnung wird desto strenger und greift desto tiefer in Einzelnheiten ein, je grösser die Häuser werden, je enger sie aneinanderrücken und in ihrem Zustande, ihrer Zugänglichkeit und Bequemlichkeit von einander abhängiger, Feuer-, Einsturz-, Krankheitsgefaren grösser, Strassen, Kanäle, freie Plätze notwendiger werden.

Die Vergleichung der naturalen und der durch Bauordnung geregelten Bauweise zeigt bei jeder Vorzüge und Schäden. Die Bauordnung verkümmert den Einfluss der Individualität, die eigenartige Schönheit einer scheinbar ungeordneten und durch die Zweckmässigkeit des einzelnen Baues doch geregelten Anlage; sie kann auch, soweit sie eine bestimmte Bauweise anordnet, objektiv bessere Anlagen verhindern. Dagegen bietet sie regelmässig eine grössere Sicherheit für Ausnützung des Raumes, gesunden, festen und die Nachbarn nicht beeinträchtigenden Bau. Naturale und durch Vorschriften geregelte Bauweise unterscheiden sich also, — aber nicht gegenüber der Architektur. Jeder Kundige würde über die Anname lächeln, dass die „naturale Bauweise“ Gegenstand einer Wissenschaft sei, deren unmittelbare Beziehung zu ihrem Gegenstand durch eine Bauordnung gestört werde, sowie es Kirchmann für Jurisprudenz, natürliches Recht und Gesetz behauptet.

Die Bauweise ist, weil sie Tätigkeit ist und Zwecken dient, überhaupt nicht Gegenstand einer Wissenschaft im engeren Sinn (reinen Wissenschaft), sondern einer Kunst oder angewandten Wissenschaft. Diese Kunst will nicht den „natürlichen“, sondern einen zweckmässigen und schönen Bau. Die von den Bewohnern ohne Anleitung hergestellten Bauten werden von ihr berücksichtigt werden, soweit sie sich

objektiv als zweckmässig und schön erweisen. In einer Gegend, wo sich eine gewisse Bauweise eingebürgert hat, mag man auch, soweit es die Zweckmässigkeit gestattet, die Neubauten ähnlich errichten. Aber eine weitere Bedeutung hat die naturale Bauweise nicht. Soweit sie unzweckmässig ist, wird sie verlassen, und sobald sich die Bewohner der Gegend von den Vorzügen der neuen Gebäude überzeugt haben, ahmen sie sie auch nach; ebenso wie die Bauern trotz ihres bekannten Misstrauens gegen alles Neue die Maschinen anschaffen, von deren Nützlichkeit sie sich durch Selbsterfarung überzeugen. Wenn eine genügende Zahl von Baumeistern vorhanden ist, werden Laien einen grösseren Bau selten führen. Dadurch wird aber der Sinn des Volkes für schönen Bau nicht gestört, sondern gefördert. Selbst die Geschicklichkeit für Eigenbauten hört nicht auf, und die kleinen Häusler wissen sich bei Ausbesserungen und Umarbeiten gar wol zu behelfen. Ein Gegensatz zwischen Volk und Baumeistern tritt nicht ein, und selbst der Befehl, bei grösseren Bauten einen Baumeister zu bestellen, wird nicht als Bedrückung empfunden.

Mit der Bauordnung eines einzelnen Landes oder Ortes befasst sich die Theorie der Baukunst nicht. Wer aber an einem Ort seine Kunst ausüben will, muss die dort geltende Bauordnung kennen und wahren. Die Bauordnung im eigenen Land wird daher auch an jeder technischen Anstalt erläutert. Ebenso werden die Bauten grosser Meister und die hervorragenden Baustile erläutert — nicht zu erzwungener Nachahmung, aber als Beispiele, an denen man sich erziehen und im Zweifel an sie halten mag.

Die wissenschaftliche Grundlage der Baukunst ist die Mechanik, zu welcher einzelne Teile anderer Wissenschaften hinzutreten, die sich auf Objekte, Mittel und Zwecke des Baues beziehen.

Die Anwendung der Parallele auf Rechtsordnung, Rechtskunst (Jurisprudenz) und die ihr zu Grunde liegende Wissenschaft (Jurisscienz) ist leicht zu ziehen. Wie die Bauweise, so hätte auch die volkstümliche, die durch sanitäre Vorschriften angeordnete, und die wissenschaftliche Metode, Krankheiten zu verhüten und zu beseitigen, zur Vergleichung herangezogen werden können. Aber ein Beweis durch Gleichniss ist selbstverständlich stets mangelhaft, weil zwischen den verglichenen Gegen-

ständen wesentliche Unterschiede bestehen können. Vergleichung kann die Erkenntniss nur anbahnen, nicht gewähren.

Wo Menschen leben, treten sie zusammen und bildet sich auf die verschiedenste Weise, in Krieg oder Frieden, freundschaftlich oder zwangsweise, durch bewusste und nachgeahmte Zwecktätigkeit ein Recht, d. h. eine Ordnung ihres Lebens und Verkehrs. Diese Ordnung hat bei jedem Volk eine gewisse Eigentümlichkeit, welche teils aus dem Charakter des Volkes, seiner Umgebung und Beschäftigung stammt, teils aus unauffälligen Gründen, die man Zufall nennt. Sie hat, wie man sagen könnte, Erdgeruch, sowie Tracht, Dialekt, Wohnung, Unterhaltungsweise und anderes.

Diese Eigenart kommt weder dem Recht, noch auch den Beziehungen der Menschen allein zu. Bei jedem existenten Objekt der Forschung bleibt ein individueller Rest der Tatsachenreihe zurück, der einer positiven Ausgestaltung spottet. Jede Pflanzenart hat ihre eigentümliche Bildung der Aeste und Zweige, ihre eigentümliche Gestalt und Anordnung der Blätter und Blüten; und wenn wir auch überzeugt sind, dass dies alles seine vollständig erklärenden Ursachen habe, so wird die Wissenschaft kaum jemals dazu gelangen, die ursächliche Reihe mit Genauigkeit festzustellen. Auch bei Gesteinen ist an jedem Fleck der Erde eine eigenartige Mischung und Lagerung vorhanden, und wer irgendwo Anlagen errichten will, muss sich neben den allgemeinen noch besondere örtliche Kenntnisse verschaffen. Das hindert jedoch Forschung und Fortschritt nicht, hindert nicht die Auffindung von Gesetzen für die gemeinsamen Eigenschaften und Verhältnisse, die trotz der Eigenart anwendbar sind.

Dies gilt auch für das Recht. Nur ein geringer Teil in der getroffenen Ordnung ist eigenartig, der grössere steht unter der Herrschaft von Zweckbestrebungen, welche den Menschen überhaupt oder auf einer gewissen Kulturstufe gemeinsam, und welche so bedeutend sind, dass z. B. die Anordnungen der alten Römer noch vielfach die Grundlage unseres Privatrechtes sind. Der Mensch will sein Leben fristen und sein Geschlecht vermehren; Hunger und Liebe, wie Schiller sang und Marx deduzirte, sind die grossen Triebfedern seines Handelns. Die Erfarung weist ihn zur Erreichung dieser

Zwecke auf die Gesellschaft mit Anderen; denn seine Waffe im Kampf des Lebens ist der Geist, der sich nur in der Gesellschaft entwickeln kann, und selbst, wenn er entwickelt ist, vereinzelt im Kampfe gegen die Naturmächte unterliegt. Aber wenn der Mensch durch diese Bedingungen seiner Existenz sozial (gesellschaftlich) wird, so wird er damit nicht sozialisch (moralisch, gemeinsinnig). Das bewusste Zusammenwirken Aller für Alle ist nur das Ideal der Entwicklung. In Wirklichkeit betrachtet der Einzelne mit seltenen Ausnamen die gesellschaftlichen Einrichtungen als Mittel für sein Eigenwohl. Dieses Wohl (Interesse) bestimmt auch sein Urteil über das Recht. Was ihm nützt, ist ihm recht. Das Verlangen der Einzelnen, Einrichtungen zu treffen, welche ihnen nützen, hat von Ursprung an die Rechtsbildung geleitet. Die Stärkeren haben stets ausgiebig für sich gesorgt, die Schwächeren so gut sie konnten. Die Ersteren haben nach Herrschaft gestrebt, die Anderen nach Gleichheit. Neben dem Eigeninteresse wirken im Menschen wol auch Mitleid und Unparteilichkeit (Rechtssinn), Misstrauen, Trägheit, Hartnäckigkeit, welch letztere man oft mit Rechtssinn verwechselt, und andere Eigenschaften. Im Allgemeinen ruht aber alle positive Rechtsbildung auf Zweckdenken für das Eigeninteresse (Locke).

Es ist für die Beziehung des sogenannten natürlichen, d. h. durch die Gewonheit der Interessenten zu Stande kommenden Rechtes zur Jurisprudenz wichtig zu erkennen, dass es gleichfalls unter diesem Grundsatz steht und jederzeit stand. Auch das natürliche Recht ist nicht gewachsen wie die Blume auf dem Felde, sondern durch Zweckdenken für das Eigenwohl entstanden. Auch die ersten Rechtsgenossenschaften und die ersten Rechtseinrichtungen sollten den Mitgliedern nützen, sie besser stellen als sie sich ohne die Genossenschaft befunden hätten, wobei die Schwachen aber allerdings oft nur die Wahl zwischen der ihnen angewiesenen Stellung und dem Tod hatten. So entstanden im Wege Rechtens Sklaverei, Paria- und Helotentum. Sie zeigen den harten, vom Gesichtspunkte der Billigkeit aus sehr unnatürlichen Egoismus, der die erste Rechtsbildung, welche man „natürlich“ nennt, kennzeichnet.

Eine grössere Verwicklung der Verhältnisse macht überall Gesetze nothwendig. Die Unterschiede zwischen Gewon-

heitsrecht und Gesetz sind vielfach erörtert worden; sozial wichtiger ist der Unterschied zwischen Volks-, Fürsten- und Aristokratenrecht. Die Gesetze können vom Volk ausgehen, und das Gewonheitsrecht ist wol niemals Fürstenrecht, aber oft aristokratisch; die Zwölftafelgesetze in Rom waren von den Plebejern als Schutz gegen das Gewonheitsrecht verlangt worden.

Gewonheits- und Gesetzesrecht sind geltendes Recht. Sie beruhen auf Zweckdenken. Ob und wie weit dieses Denken und mit ihm der Rechtssatz, den es schafft, richtig ist und den angestrebten Zweck erreicht, hängt von der Einsicht und Unbefangenheit des Autors, sowie von mancherlei zufälligen Ereignissen ab. Aber sie zwingen. Sie gestatten dem Einzelnen nicht, die Zweckmässigkeit der ihm vorgeschriebenen Handlungsweise zu prüfen und darnach zu handeln. Er muss gehorchen, auch wenn das Mittel schlecht ist. Es geschieht ihm oftmals hart, zu hart, aber allerdings wird dadurch allein die reale Ordnung erhalten, unabhängig von der Willkür der Individuen.

Dem Beteiligten wie dem Gesetzgeber gegenüber ist der Jurist der Sachverständige für die Ordnung der sozialen Verhältnisse. Auch sein Denken ist Zweckdenken, das aber nach einem trefflichen Ausdruck von Brinz nicht Potestät, sondern Autorität hat, nicht zwingt, aber durch wissenschaftlich durchdachte Erfarung geleitet vorhersieht. Der Jurist soll die nach dieser Erfarung objektiv zweckmässige Einrichtung der sozialen Verhältnisse treffen. Die Jurisprudenz ist wegen dieses konkreten Charakters wissenschaftlich, aber keine Wissenschaft. Sie ist eine Kunst, eine Abteilung der sozialen Technik, oder nach dem hier gebräuchlicheren Ausdruck der sozialen Politik. Der Jurist muss können; wissen nach der Auffassung Sokrates', dass nicht der zu schwimmen wisse, der die Bewegungen der Schwimmer kennt, sondern der sie auszuführen versteht. Ein gelehrter Gesetzeskenner ist noch kein guter Jurist, sondern nur wer auf Grund seiner Kenntniss die Lebensverhältnisse der Menschen den Interessen der Beteiligten und der Gesammtheit gemäss zu gestalten weiss. Der Jurist muss praktisch sein, er bewährt sich in der Ausübung.

Es ist daher ganz verkehrt, wenn die gemeinrechtliche Doktrin des 19. Jahrhunderts Juristen auszubilden glaubt, indem sie (auch im Gegensatz zu Savigny's Lehre vom heutigen

römischen Recht) den Hörer mit den Einzelheiten alter Rechte erdrückt, während sie weder sein Auge für die bestehenden Verhältnisse, zu deren Ordnung er doch beitragen soll, noch sein Urteil für die konkrete Zweckmässigkeit einer Einrichtung schärft. Nicht der Unterricht, in wie vielen Abschriften eine Eingabe zu überreichen oder wie gross die für ein Geschäft zu leistende Stempelgebür sei, macht das Praktische der Jurisprudenz aus — obwol ein Arzt auch verstehen muss, wie man einen Finger verbindet —, sondern die Richtung des Studiums auf das Leben der Gegenwart, das Bewusstsein, dass aller juristischer Unterricht darauf hinzielt, den Jünger zur Ordnung der sozialen Verhältnisse seiner Mitbürger, insbesondere zur Erkenntniss drohender oder bereits vorhandener Störungen und zur Auffindung der zu ihrer Verhütung oder Beseitigung dienlichen Mittel geeignet zu machen. Wer kann dem Landwirt einen Rat für die Abgrenzung seiner Rechte gegen den Nachbar oder für die Vereinbarung mit seinen Miterben geben, dem die Bedingungen landwirtschaftlicher Tätigkeit gänzlich unbekannt sind?

Die Erkenntniss der Jurisprudenz als Kunst beweist auch, wie fehlerhaft der Gegensatz ist, welcher noch immer zwischen ihr und Gesetzgebungskunst angenommen wird. Es ist, als ob man die Baukunst von der Kunst des Architekten lostrennen und auf die Tätigkeit derjenigen beschränken wollte, welche den Bau ausführen. Hier könnte man die von Ihering in unrechter Art versuchte Unterscheidung zwischen niederer und höherer Jurisprudenz einstellen. Die Rechtsübung im Rahmen eines gegebenen Gesetzes ist die niedere, weil gebundene und nur im Kleinen tätige Jurisprudenz. Die höhere, freie Jurisprudenz betätigt sich in der Aufstellung und Durchführung originärer Pläne zur Organisirung der Gesellschaft und daher praktisch vorzugsweise in der Gesetzgebung. Welcher Widerspruch liegt z. B. darin, die Schaffung eines Autorrechtsgesetzes von der Jurisprudenz auszunehmen, welche doch das fertiggestellte Gesetz durchzudenken, logisch zu erweitern und vernünftig zu begrenzen hat! Und welcher knechtische Sinn liegt in der Ansicht, dass die wissenschaftliche Theorie nur die Bestimmung habe, gegebenes Herrenwort durchzuführen, dieses Wort selbst aber gehorsam erwarten müsse!

Aber selbst in der Auffassung der Tätigkeit des Juristen innerhalb des Gesetzes ist die heutige Rechtslehre beschränkt. Sie befasst sich ausschliesslich mit der Tätigkeit des urteilenden Richters. Das Urteil — das ist richtig — muss auf vernünftiger Auslegung der bestehenden Normen ruhen. Die ganze heutige Rechtslehre ist grundsätzlich nichts anderes als eine Anleitung für die Richter eines bestimmten Landes zu gesetzmässiger Rechtssprechung. Das ist die Bedeutung des Lehrsatzes, dass sich die Jurisprudenz nur mit dem geltenden Recht zu befassen hat. Jurisprudenz heisst hier subjektiv Richterstand, prädikativ richterliches Denken.

Der hohe Beruf des Richters und die Wichtigkeit seiner Ausbildung ist nun gewiss ausser Streit. Aber wie die Einhaltung der Bauordnung nur die Grenze der Baufreiheit ist, ebenso ist die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften für die Staatsbürger nur die Grenze der freien Ordnung ihrer Lebensverhältnisse. Der Jurist, der nicht Richter ist, und auch dieser in Verwaltung der ausserstreitigen Gerichtsbarkeit, soll aber bei der freien Ordnung selbst als Sachverständiger wirken. Er soll die Formen neuer Lebensverhältnisse schaffen. Er soll deren Entwicklungsfähigkeit prüfen, die Ursachen von Störungen erkennen, und Anstalten treffen, um sie zu vermeiden oder unschädlich zu machen. Er soll, wenn Störungen eingetreten sind, sie beseitigen, ohne das Verhältniss selbst, wenn es noch lebenskräftig ist, zu zerstören. Darin besteht die Kunst des Anwalts (Advokat, Notar, Curator, Obercurator), die cautelarische und contentiose Jurisprudenz. Sie hat in dem unparteiischen Richterspruch ihre Stütze, aber ihre wichtigste, ihre lebendige und volkstümliche Tätigkeit hat den Zweck, den Richter unnötig zu machen.

Auch die niedere Jurisprudenz ist also nicht blosse Auslegungskunst. Die Kenntniss des Gesetzes ist ihr notwendig, aber nur damit sie nicht durch Widerstreit mit demselben ihre Zwecke verfehle. Sie ist die Kunst, das soziale Leben der Menschen innerhalb der Gesetze zweckmässig, dem Frieden und Wohlstand förderlich zu gestalten. Ausser Kenntniss des Gesetzes verlangt sie Kenntniss der konkreten Lebensverhältnisse und ihrer Störungen, Kenntniss, Uebung und Scharfsinn, um die allgemeinen und besonderen Mittel zu ihrer richtigen

Gestaltung anzuwenden, Störungen zu verhüten und zu beseitigen. Je weiter das Gesetz in das Innere der Lebensverhältnisse eindringt, desto mehr ist wol der Jurist an dasselbe gebunden. Aber nur in einem Kasernenstaat wäre rechtlich zulässige und gesetzlich vorgeschriebene Lebensweise identisch. Die heutige Doktrin, welche die Jurisprudenz nur auf die Auslegung des Gesetzes beschränkt, enthält daher nur einen Teil der niederen Jurisprudenz. Sie bietet nur dem Richter seinen Stoff und dies in nüchterner, kirchturmpolitischer Art; sie bietet dem Anwalt zu wenig, dem Gesetzgeber fast nichts. Ist es zu wundern, dass freie Geister sich von ihr abwenden?

Die Doktrin dieses Charakters rührt aber erst aus dem Mittelalter her. Die römischen Juristen waren keine blossen Gesetzesausleger. Sie schufen im prätorischen Edict ein ewig lebendiges, anpassungsfähiges Gesetz. Sie liessen sich auch als Respondenten durch Billigkeit, Nützlichkeit und Natur der Sache leiten, und wenn das alte Gesetz dem Leben zu schroff entgegentrat, scheuten sie selbst nicht, ihm Zwang anzutun. Die Art, wie sie Streitfragen mit Rücksicht auf die Gesetze ihres Landes entschieden, ist mustergiltig für alle Zeit. Schon die Juristen der byzantinischen Epoche waren aber nur mehr Beamte. Die Juristen des Mittelalters entbehrten vollends der produktiven Kraft, welche die römischen Klassiker aus dem steten Verband mit dem Volke geschöpft hatten. Das gemeine Recht war nicht Volksrecht. Die Jurisprudenz arbeitete vom grünen Tisch und wurde dadurch zu todter Logik. Die theologische Lehre vom Gehorsam wirkte dann mit, um das Auslegungsprinzip auszugestalten: Erklärung des Herrenwortes, ohne an ihm zu deuten.

Die Gegenbewegung begann mit der Reformation. Man fing an selbst zu denken und damit auch zu begreifen, dass das römische Recht nicht unbedingt, für alle Länder und Zeiten, *ratio scripta* sei. Die Form, in welcher der Gegensatz auftrat, war das Naturrecht. Die hervorragendsten Juristen wandten sich ihm zu. Das Naturrecht war der Sitte der Zeit gemäss logisch-abstrakt; wo es indessen zu schaffen galt, zeigten sich seine Anhänger (Kreittmayr, Suarez, Martini) als kräftige und konkrete Denker, während die Romanistik unfruchtbar blieb und immer kleinlicher wurde. Am Ende des vorigen

Jahrhunderts ward es auch im Recht lichter. Auch die historisch-nationale Theorie war durch einen Naturrechtler, Hugo, begründet worden, der sich für die Fehler der bestehenden Rechtsordnung freien Blick bewahrt hatte und die Gewonheit nur als Entschuldigung, nicht als Sanktion gelten liess. Noch Savigny und Puchta lenkten den Blick auf das Leben der Gegenwart. Aber sie waren durch ihre Neigung zum römischen Recht, welches sie mit Gewalt als deutsches Volksrecht zu deuten suchten, nicht frei, der Anschluss an die Vergangenheit diente dem Geist der Reaktion und die historische Schule *wirk*te demgemäss. Zur gleichen Zeit mit ihr entstand aber die vergleichende Rechtswissenschaft, vorzüglich durch Montesquieu geweckt; im Strafrecht wirkte der Humanitätsgedanke klärend, während das Staatsrecht durch die Lehre vom Gesellschaftsvertrag revolutionirt wurde. Im 19. Jahrhundert verlangte dann der moderne Verkehr eine Regelung, wofür alles alte Recht versagte. Wechsel- und Handelsrecht brachten in die Theorie des gemeinen Rechtes den Zwiespalt, und ihnen, sowie dem *freier*en Geist, der seit der konstitutionellen Regierungsweise durch die Mitwirkung des Volkes an der Gesetzgebung geweckt wird, ist es zu danken, dass derzeit langsam, wenn auch immer noch an dem Grundgedanken der Auslegung festhaltend, der neuestens in dem ersten Entwurf des deutschen Civilgesetzbuches einen klassischen Ausdruck gefunden hat, auch die gemeinrechtliche Theorie sich dem starren Dienst des positiven Gesetzes entwindet. Dankwart war durch seinen ökonomisch-psychologischen Grundgedanken der tiefste, Ihering durch seine Zwecktheorie, welche im Strafrecht durch die internationale kriminalistische Vereinigung vertreten wird, der kräftigste Vorkämpfer. Der Zweckgedanke ist alt; insbesondere haben ihn die englischen Philosophen Locke, Hume, Bentham vertreten. Nur die bisherige Lehre, dass der Jurist über das Gesetz nicht nachzudenken, sondern es anzunehmen und zu befolgen habe, macht es begreiflich, dass die Lehre Ihering's als ein Neues, Unbekanntes bewundert und angefeindet wurde.

Die Jurisprudenz als Kunst ist das unmittelbare Objekt der Theorie. Die Hochschule hat die Aufgabe, sachverständige Männer heranzubilden, welche — frei oder im Rahmen des geltenden Rechtes — die sozialen Verhältnisse ihrer Mitbürger

in gute Ordnung bringen und so erhalten: Gesetzgeber, Richter, Anwälte.

Die Kunsttheorie für Straf- und Verwaltungsrecht ist durch alte Gesetze nicht beeinflusst, aber noch zu abstrakt und zu wenig auf das Studium der Lebensgebiete, deren Ordnung sie lehren soll, bedacht. Das Strafrecht insbesondere muss auf Psychologie ruhen (Dankwart). Das Ausmass der Strafe ist kein Rechenexempel; die Strafe verfolgt Zwecke und muss nach Art und Grösse geeignet sein, diesen Zwecken zu dienen.

Die Kunsttheorie für das Privatrecht wird derzeit, vermengt mit Erläuterungen über altrömisches Recht, in den Digestenvorlesungen gelehrt. Das gemeine Recht hat zwei Eigenschaften, durch welche es eine freiere theoretische Forschung einlässt. Es ist kein geltendes Recht mehr und dadurch entfällt das Bedürfniss nach einheitlicher Praxis, die Rücksicht auf den Richter, welcher dem gelehrten Recht gemäss zu urteilen hat. Es ist ferner reich an dunkeln und einander widersprechenden Stellen, dann an Entscheidungen einzelner Fälle, deren Inhalt sich erweitern oder einengen lässt. Es gibt daher der Deutung einen breiten Spielraum, und entgegengesetzte Anschauungen können sich gleichmässig auf Quellen stützen. Auch ist von Savigny das Stichwort des „heutigen“ römischen Rechtes ausgegeben worden, wodurch jedem Forscher die Möglichkeit geboten ist, einen Satz aus den Quellen als derzeit veraltet zu erklären und eine entsprechendere Bestimmung dafür einzusetzen. Auf diese Art ist z. B. die unmittelbare Stellvertretung in das System aufgenommen worden.

Durch Ausbildung dieser freien Forschungstheorie könnte die Digestenlehre sich zur allgemeinen Privatrechtstheorie erheben, wenn sie nicht durch das Vorurteil gedrückt wäre, dass die Jurisprudenz ihrer Natur nach Auslegungswissenschaft sei, sich daher stets auf ein positives Recht beziehen müsse, welches hier das römische ist. Institute germanischen oder modernen Ursprunges werden daher von den Digestenvorlesungen unbedingt ausgeschieden; wesentlich geänderte Anschauungen über Rechtsmaterien, z. B. über Ehe- und Familienrecht, getraut man sich nicht zu behandeln; von Gesellschaften mit verschiedenem Recht nach innen und aussen, wie dies z. B. das Handelsrecht normirt, glaubt man, weil sie

nicht gemeinrechtlich seien, nicht sprechen zu dürfen u. s. w. So hat man sich selbst an eine Kette gelegt und höhnt den als Naturrechtler, der die Kette Kette nennt. Wollte jemand für die Theorie der Baukunst vorschreiben, sie müsse in so viele von einander vollständig getrennte Fächer zerfallen, als es Baustile gibt, so würde niemand zögern, dies als eine Schrulle zu bezeichnen.

Das hier gezeichnete Verhältniss der freien Jurisprudenz zur Digestentheorie genügt, um den Vorwurf der Unwissenschaftlichkeit abzuwehren, den die Verteidiger des Alten gegen sie erheben. Praktisch-wissenschaftlich ist nicht eine Theorie, welche die althergebrachten, sondern welche die zweckmässigen Mittel lehrt. So wenig das Alter die Talgkerze über das Gaslicht, den Dreschflegel über die Dreschmaschine erhebt, so wenig vermag es die Güte von Rechtsinstituten zu entscheiden.

Auch schon eine Reihe von Lehren in den heutigen Digestenvorlesungen ist nicht durch Auslegung der Quellen entstanden. Die Lehre Savigny's von der zeitlichen und örtlichen Geltung des Rechtes, Puchta's vom Gewonheitsrecht, Ihering's vom negativen Interesse, die Lehren vom Vertrag zu Gunsten Dritter, von der höheren Gewalt und andere — wenn die Autoren auch regelmässig bemüht waren, Quellenbelege zu finden — sind Werke freieren Nachdenkens, das sich seiner Ketzerei nur nicht bewusst ist, oder sie nicht gestehen mag. Bis vor kürzester Zeit war man einverstanden, dass die Quellen die reine Culpatheorie für Schadenersatz enthalten und verurteilte jede Abweichung von ihrer strengen Konsequenz; heute findet man schon die Lehre von der *custodia* (Baron) und vom Handeln auf eigene Gefar (Unger) als quellengemäss. Ein kühner Mann wird auch die Grundlage unserer Arbeiterfürsorge in den Digesten zu finden wissen. Das Suchen nach Quellenbelegen ist hier überall nur ein Zugeständniss an die herrschende Theorie, die Lehren selbst stammen nicht aus ihnen und entsprechen ihnen oft nicht. Unwissenschaftlich sind sie darum gewiss nicht. Der Befehl, der im geltenden Gesetz enthalten ist und keine Kritik zulässt, kann die Wissenschaftlichkeit nur tödten, nicht begründen.

Man hat die freie Jurisprudenz auch als Naturrecht denunzirt. Aber das Naturrecht, welches trotz seiner Fehler

höher steht als seine Spötter, war der Richtung seiner Zeit gemäss abstrakt und glaubte reines Recht entwickeln zu können, wie man reine Matematik und Physik betrieb. Das war sein Fehler. Die Jurisprudenz als soziale Technik hat die Pflichten der Technik. Die Grundsätze, nach welchen sie konstruirt, müssen aus dem Leben entstammen. Sie muss die bestehenden Verhältnisse erkennen und würdigen. Sie ist frei, aber konkret, nüchtern und berechnend.

Praktisch beginnt die Kunstlehre heute in den seminaristischen Uebungen. Doch sind diese noch zu abstrakt. Die Fälle, welche bearbeitet werden, sollen Typen der Fälle sein, welche den Jünger dereinst beschäftigen. Statt dessen erinnern sie oft an die scharfsinnigen und doch wertlosen Streitigkeiten der Scholastiker. Sie sind noch zu sehr im Dienste der Schule; es fehlt ihnen der praktische Zug; es fehlt zu ihrer Auslese die Erkenntniss, dass die Hochschule für das Leben vorzubereiten habe (vgl. Ofner, Beiträge, S. 24 ff.). Stölzel ist derzeit in Berlin bestrebt, eine Besserung einzuleiten.

Die Erkenntniss der Jurisprudenz als eines lebendigen Wissens wirkt befreiend. So lange die Jurisprudenz nichts als Gesetzkunde und antiquarische Grübelei ist, muss sie den jugendlichen, offenen, strebenden Geist abschrecken. Die Erkenntniss ihrer wirklichen Aufgabe zeigt, dass der Jurist nicht durch Bestimmung Formalist und Pedant ist, dass seine Kunst ihn vielmehr mitten in's Leben stellt, dass sie ihm Kenntniss von Menschen und Verhältnissen als Grundlagen seiner Wirksamkeit zeigt, von ihm konkretes und modernes Denken verlangt, welches an Beispielen früherer Zeit reifen soll, in ihnen aber nicht sein Ziel und in ihrem Studium nicht seine Lebensaufgabe erblicken darf. Mehr als Ihering vertritt darum Dankwart unter den deutschen Juristen die neue Denkart, indem er Psychologie und Oekonomie als Grundlagen der Jurisprudenz lehrt. Denn das Recht ist Recht der Menschen und ruht deshalb auf Menschenkenntniss. Sein Zweck ist Ordnung und der des Privatrechtes zunächst Ordnung der Wirtschaft; wie will man aber ordnen, was man nicht versteht? Die juristische Theorie lehrt derzeit, ein soziales Verhältniss in der Art zu regeln, wie dies seit alter Zeit gewesen sei. Die wissenschaftliche Untersuchung muss oft zu entgegengesetztem Schlusse kommen. Die Ordnung entsprach

den damaligen Verhältnissen und Zwecken; haben sich Verhältnisse und Zwecke geändert, so muss auch das Recht ein anderes werden. Ruht unsere Wirtschaft nicht mehr auf Sklaverei, sondern auf Eigenarbeit der Bürger, so muss auch das Recht auf Arbeit gestellt werden.

Die freie Jurisprudenz, welche unbefangen und sachgemäss die Bedingungen für eine gute, zweckmässige, Frieden und Wohlstand des Volkes fördernde Ordnung der Lebensverhältnisse untersucht, kann allein auch die grossen sozialen Fragen der Zeit lösen. Ist Recht die Ordnung der Gesellschaft, so sind alle sozialen Fragen Rechtsfragen. Wer anders als der Jurist ist z. B. berufen, die Bedingungen für ein gedeihliches Verhältniss zwischen Unternehmer und Arbeiter, die Ursachen der Streitigkeiten zwischen ihnen und die Mittel zu deren Verhütung zu untersuchen? Wenn man sanatorische Massregeln trifft, rät der Arzt, bei technischen der Ingenieur; wenn es aber zur Verfassung eines Civilrechtes kommt, sagt der Jurist (Hölder) — wohlgemerkt, nicht in abstracto, sondern angesichts eines vorgelegten Gesetzentwurfes —: „die Frage nach dem besten Inhalte von Privatrechtsnormen sei keine juristische, und würde für den Juristen nicht existiren“. Für den Juristen heutiger Doktrin ist das leider richtig, denn er kennt nur geltende Gesetze und diese nicht als Zweckmassregeln, sondern als etwas, was gilt und Gehorsam verlangt. Aber die freie Jurisprudenz kann gewiss kein edleres Objekt haben, als die Neugestaltung des Rechtes für die neue, der alten Ordnung vielfach entwachsene Gesellschaft.

Die Kunsttheorie ist von einer allgemeinen Wissenschaft im Sinne der Naturlehre nicht unbedingt abhängig. Die römischen Juristen waren grosse Rechtskünstler, ohne dass eine theoretische Gesellschaftswissenschaft bestanden hätte, sowie die griechischen Architekten grosse Künstler waren, ohne theoretische Mechanik zu kennen. Aber ist die Wissenschaft entstanden, so greifen beide ineinander, wie Mechanik und Baukunst. Die Jurisprudenz lehrt Zwecktätigkeit. Die Zwecke, die sie anstrebt, die Mittel, die sie anwendet, die Verhältnisse, die sie ordnet, die Einrichtungen, die sie trifft, sind für den wissenschaftlichen Forscher Tatsachen, die er aufzulösen und in elementare Gesetze zu fassen bestrebt sein muss.

Die juristische Forschung sucht wie alle Wissenschaft nur die Wahrheit. Der Zweck ist für sie eine gewollte Wirkung, das Mittel eine Ursache, welche wegen ihrer Wirkung gesetzt wird. Sie sieht bei den geltenden Einrichtungen — gesetzlichen oder gewonheitsrechtlichen — von ihrem besonderen Charakter, von der Heiligkeit, mit der man sie praktisch umgibt, ab und fasst sie lediglich als soziale Erscheinungen, als Glieder inmitten einer ununterbrochenen Kette sozialer Ursachen und Wirkungen auf. Die allgemeinen Gesetze (Sozialgesetze), von denen diese Erscheinungen beherrscht werden, sind nicht gut oder schlecht, nicht lobens- oder tadelnswert, sondern wie alle Naturgesetze einfache allgemeine tatsächliche Beziehungen. Sie unterscheiden sich auch — was vielfach verkannt wird — von praktischen Grundsätzen, d. h. leitenden Gedanken für eine ausgedehnte Zwecktätigkeit. Ein Civilprocess mag z. B. auf dem Grundsatze der Mündlichkeit beruhen, d. h. das Gesetz will überall, wo nicht besondere Gründe eine Ausname verlangen, mündliches Verfahren; für den Forscher ist das mündliche Verfahren eine Anzahl tatsächlicher Vorgänge, deren Ursachen und Wirkungen er untersucht.

Der Rechtsforscher sucht Gruppenformeln, durch welche er die sozialen Vorgänge umfassen und verstehen will; der Jurist sucht Normen für das Leben bestimmter Menschen, Mittel, um in bestimmtem Land und bestimmter Zeit zufriedenstellende Ordnung zu schaffen. Ihr Denken ist also verschieden, aber es greift doch innig ineinander und trifft auch in einzelnen Personen zusammen, sowie in der Physik Theorie und Technik in grossen Geistern sich einigen — in unserer Zeit öfters als je. Die Resultate des Forschers geben dem Juristen die Handhabe, um die Zweckmässigkeit der Mittel, die er anwenden will, zu prüfen; die Resultate des Juristen geben dem Forscher sein Material.

Die Rechtswissenschaft ist ein Teil der Sozialwissenschaft, deren charakteristisches Merkzeichen, das sie von der Naturlehre sondert, in der psychologischen Grundlage aller ihrer Untersuchungen gelegen ist. Alle Gesetze, welche sie findet, sind Gesetze des menschlichen Denkens oder ruhen auf solchen. Das Denken ist wissenschaftlich noch wenig erforscht. Die Lehren von der Göttlichkeit der Seele und von der Freiheit des Willens, die noch die jüngste Zeit beherrschen, haben Gesetze

des Denkens verfehmt. Die Sozialwissenschaft ist deshalb noch sehr jung. Die Tatsachenreihen, welche sie bisher entdeckt hat, sind gering. Sie enthält kaum mehr als den Keim, Wissenschaft zu werden. Aber sie ist die *scientia rerum humanarum ac divinarum,* welche die Römer (wol nur als konkretes Wissen) vom Juristen verlangten.

Ein Teil der Sozialwissenschaft — man könnte ihn die soziale Mechanik oder Energetik nennen — hat die Gesetze der menschlichen Handlungen zum Gegenstand und kann wie die Mechanik in zwei Unterabteilungen zerlegt werden: in die soziale Dynamik, welche die Gesetze der Tätigkeit erforscht und Grundlage der Verwaltungskunst ist (Politie, Politik als Wissenschaft), und in die soziale Statik, welche die Gesetze des Friedens, d. h. jener Gegenhandlungen untersucht, durch die friedenstörende Handlungen verhütet oder im Erfolg beseitigt werden (Jurisscienz, Rechtswissenschaft i. e. S.). Die Analogie mit der Mechanik reicht so weit, dass auch zwischen den beiden Unterabteilungen der Energetik kein grundsätzlicher Unterschied besteht, und der methodische, den man noch macht, mit wachsender Erkenntniss verschwinden wird.

Die Jurisscienz untersucht nach Art und Grösse die Handlungen (Entgelt, Ersatz, Strafe, Lohn, Preis, Zalung u. a.), welche geeignet sind, andere Handlungen (oder Strebungen), die in irgend einer Weise den sozialen Frieden gestört haben oder stören würden, zu paralysiren. Ist die störende Handlung und der vor ihr bestandene wiederherzustellende Zustand bekannt, so ist die Gegenhandlung Vergeltung, Sühne; soll ein noch nicht bekannter Zustand hergestellt werden, der zwei Handlungen oder Strebungen gegenüber Frieden schafft, so spricht man von Ausgleichung. Zu den Einrichtungen, deren man sich bedient, um wirtschaftlich den Frieden zu erhalten oder wieder zu schaffen, gehören insbesondere Eigentum und Obligation. Das Erstere verlangt Gleichwert zwischen dem Genommenen und Gegebenen, den Inhalt des Tausches *(quantum-tantum)*; die Obligation verlangt Gleichwert zwischen dem Versprochenen und Gezalten. Das ist aber blos ihr logisches Gesetz, ihre Konsequenz. Wenn der Grundsatz des Eigentums oder der Obligation konsequent angewendet wird, muss dieser Gleichwert bestehen. Ob er aber bei Regelung eines Verhältnisses

anzuwenden sei, ob in seiner ganzen logischen Strenge, ob und inwieferne seine Folgen durch andere Grundsätze zu beseitigen seien, das ist eine Frage, welche die Rechtskunst zu beantworten hat, eine Frage der Rechtsvernunft oder Gerechtigkeit. Hier ist der Punkt, wo die Aufgabe der Jurisprudenz besonders hervortritt. Rechtslogik und Gerechtigkeit sind nicht dasselbe. Die Rechtslogik kümmert sich nicht um die Beschaffenheit der Folge. Sind die Prämissen vorhanden, so zieht sie den Schluss. Die Rechtsvernunft dagegen denkt praktisch, anschaulich, zielbewusst. Der Logik schwebt die Formel vor, der Vernunft die Massregel. Die Gründe, aus denen die Rechtsvernunft handelt, lassen sich wol gleichfalls unter Sozialgesetze bringen. Aber diese Gesetze können anderen Gebieten als dem Recht angehören, können auch noch fehlen, und das Leben wartet nicht. Die Rechtsvernunft muss daher stets die Wahrscheinlichkeitsschlüsse der konkreten Erfarung zu Hilfe nehmen, an ihrer Hand die Zweckmässigkeit der Folge für die Gesellschaft untersuchen und sie darnach zulassen oder ausschliessen. Das ist denn auch die Bedeutung des *summum jus summa injuria*. Die letzte Folge eines im Grossen und Ganzen richtigen, d. h. gemeinnützigen Rechtssatzes kann unrichtig sein. Nicht Konsequenz, sondern die nach Gründen des Gemeinnutzens mit konkretem Blick für die einzelne Folge urteilende Rechtsvernunft ist Gerechtigkeit. Bei einem geltenden Gesetz kann die Rechtsvernunft allerdings verlangen, dass um der Unparteilichkeit des Richters willen dessen Ermessen eingeengt und ihm die logische Anwendung des Gesetzes nach den bekannten Auslegungsregeln aufgetragen werde. Die Frage, ob Logik des Gesetzes oder Ermessen vorzuziehen sei, ist gerade in unserer Zeit sehr bestritten. Aber man muss festhalten: auch ihre Beantwortung ist nicht Sache der Logik, sondern der Vernunft und auch bei ihr kann *summum jus summa injuria* sein.

Der Unterschied zwischen Rechtslogik und Rechtsvernunft mag kurz an dem vorzüglichsten Institute unseres heutigen Vermögensrechtes gezeigt werden — an dem Eigentum.

Das Eigentum ist der Schutz des wirtschaftlichen Eigeninteresse, es sanktionirt und erzeugt dessen Vorzüge und Schäden. Es macht den Menschen für die Zukunft bedacht, lässt

ihn um späterer Vorteile willen Entbehrungen auf sich nehmen, lässt ihn Unternehmungen ausführen, die erst in späterer Zeit lohnen, macht ihn sparsam und eifrig, und indem er für sich sorgt, vermehrt er auch den Gesammtreichtum. Es macht den Menschen auch durch Besitz selbständig und erzeugt die Tugenden, die mit Selbstgefül verbunden sind. Andererseits ist das Eigentum überall gefärlich, wo das Interesse des gegenwärtigen Besitzers mit den Gesammtinteressen der Gegenwart oder Zukunft in Widerspruch tritt; daher schon derzeit z. B. an Wasser und Wald kein oder doch nur sehr beschränktes Eigentum gestattet, für äusserste Fälle der Kollision die Enteignung vorbehalten wird u. a. m. Es macht ferner den Besitzlosen zum Hungersklaven. Wo die Konsequenz des Eigentums herrscht, steht neben Reichtum, der sich durch die Fruchtbarkeit des im Eigentum befindlichen Objektes von selbst vermehrt, drückende hoffnungslose Armut. Daher die besondere Schädlichkeit des grossen und des gebundenen Eigentums, weil hier die Vorzüge des egoistischen Wirkens verschwinden und die Schäden in erhöhtem Mass hervortreten. Mit der Frage des Grosseigentums fällt auch praktisch die moderne Frage des Kapitaleigentums zusammen; nicht das Eigentum an einem einzelnen Werkzeug oder Grundstück ist das Objekt des Angriffs, sondern jenes Eigentum, welches durch den Zoll, den der Arbeiter für den Gebrauch entrichten muss, den Nichtarbeiter bereichert. Der Kampf der Sozialisten gegen das Kapital ist Kampf gegen Einkommen durch fremde Arbeit.

Die Jurisprudenz hat nun Vorteile und Schäden des Eigentums zu prüfen. Sie darf sich nicht durch sein Alter abschrecken lassen; das älteste und hiedurch heiligste Institut wäre sonst die Sklaverei. Sie darf aber auch nicht soziale Poesie treiben. Sie hat nüchtern zu untersuchen, ob nach den Ergebnissen der Erfarung der Grundsatz des Eigentums durch einen anderen ausgelöst werden könne, welcher seine Nachteile vermeidet, ohne die Vorteile aufzugeben oder grössere Nachteile herbeizuführen; oder ob der Grundsatz selbst zu erhalten sei, und in welcher Weise er dann eingeschränkt oder anderen Grundsätzen unterordnet werden könne, um arbeitsloses Einkommen zu verhüten, oder um äusserste Not des Besitzlosen zu beseitigen. Sie darf Einrichtungen nicht erhalten wollen,

blos weil sie bestehen, und darf Vorschläge ohne Versuch und Vorbild nicht einführen, blos weil sie gefallen. Sie ist wissenschaftliche soziale Technik.

Aehnlich wie die Konsequenz des Eigentums kann auch die des Vertragszwangs schädlich sein. Der Vertragszwang schafft und erhält den Kredit; die Kette, welche die Arbeitsteilung in der heutigen Produktion um die Teilunternehmer schliesst, wäre ohne ihn unmöglich. Aber er ist auch hart. Die Uebereilung eines Momentes kann das Leben zerstören, weshalb auch z. B. heutzutage Eheschliessung immer, Schenkung, Bürgschaft und andere Freigebigkeitsakte oft an Formen gebunden werden, welche die ernste Ueberlegung sichern. Die Schuldenlast mit bestimmten Zalungsterminen kann ein Unternehmen vernichten, das sonst lebensfähig wäre. Namentlich bei Grundeigentum, wenn Zinsen- und Kapitalzalungen nach dem durchschnittlichen Ertrage berechnet werden, können einige Missjahre eine Krise erzeugen. Auch das öffentliche Interesse kann verbieten, dass ein Vertrag eingehalten werde, weshalb gewisse Arten von Verträgen als unzulässig oder unverbindlich erklärt werden.

Von besonderer Bedeutung für die Entwicklung der gesellschaftlichen Zustände — eine Verewigung des einmal erworbenen Eigentums — ist ein drittes Institut: das Erbrecht. Es hat sich aus dem alten Familieneigentum entwickelt und ist heute zum Teil Schenkung (testamentarisches Erbrecht), zum Teil Alimentation (Pflichtteilsrecht). Rechtsvernunft hat an der Hand seiner erfarungsmässigen Folgen zu entscheiden, ob und in welchem Mass es beizubehalten oder abzuändern ist.

Sowie die civilrechtlichen Anordnungen über Erfüllung oder Ersatz, so sind auch die Strafverfügungen Zweckmassregeln. Der Grundsatz der Vergeltung trifft für sie nicht zu und wird heute allgemein verlassen. Wenn jemand einem Anderen ein Auge ausgeschlagen hat, so wäre es Vergeltung, wenn er gezwungen werden könnte, ihm das Auge wieder einzusetzen; dann wäre der alte Zustand wieder hergestellt. Wenn man ihm aber ein Auge ausschlägt, so erreicht man nur, dass anstatt eines nunmehr zwei Augen fehlen. Was die Strafe zu leisten hat, kann daher nur Verhütung ähnlicher Handlungen in Zukunft sein, psychischer Druck zur Herstellung eines Charakterminimums im Volk,

welches ausreicht, um schuldhafte Friedensstörungen höheren Grades hintanzuhalten. Rechtsvernunft hat die tauglichen Massregeln hiefür zu wählen und zu begrenzen.

Das gleiche Verhältniss wie zwischen Rechtswissenschaft und Rechtskunst gilt auch für Politie (Verwaltungswissenschaft) und Verwaltungskunst. Rechtswissenschaft und Politie sind selbst eng verschwistert. Politie ist die Wissenschaft von den Gesetzen menschlicher Tätigkeit. Störende und vergeltende Tat, welche von der Rechtswissenschaft verglichen werden, sind aber beide Taten; die Gesetze der Tätigkeit sind also auf sie anwendbar; man kann sagen, Rechtstätigkeit sei Tätigkeit unter dem Einfluss gewisser Grundsätze und Einrichtungen. Auch setzt die Friedensstörung einen Friedensstand voraus, dessen Inhalt also nicht durch das Recht bestimmt wird, sondern selbst alles Recht bestimmt. Das Recht als Wissenschaft erscheint so nur als Glied der Politie und die Rechtsforschung nur als eine hervorragende Abteilung der politischen Forschung. Auch praktisch besteht zwischen Recht und Verwaltung ein gleiches Verhältniss. Die Rechtspflege ist nur ein Teil der Verwaltung, der durch seine Wichtigkeit und durch die Massenhaftigkeit seines Materials hervorragt, aber doch nicht wesentlich von anderen Verwaltungszweigen verschieden ist. Die Einführung der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in welcher das Richtertum sich klar als Kontrolle der Verwaltung erweist, hat zur Erkenntniss dieser Gleichartigkeit beigetragen; der Anwaltszwang, der z. B. in Oesterreich für Verwaltungsgerichtshof und Reichsgericht gilt, beweist, dass man auch die von ihnen beurteilte Tätigkeit als Jurisprudenz auffasst. Die Staatswissenschaft forscht nach den Gesetzen des menschlichen Wirkens, der es bestimmenden Neigungen und Triebe; Sache der Staatskunst ist es, jenen Neigungen das Uebergewicht zu schaffen, welche dem Interesse Aller günstig sind, jene Wege zu bahnen, auf welchen das Wohl Aller durch Tätigkeit der Einzelnen am sichersten und dauerndsten erreicht wird. —

Die Angriffe Kirchmann's und Gleichgesinnter sind nunmehr leicht in ihrer Grundlage zu erkennen. Sie sind gegen die derzeitige Auffassung und Lehre der Jurisprudenz gerechtfertigt, aber nicht gegen diese selbst.

Die Jurisprudenz ist Technik. Sie sucht nicht das Wahre, sondern das der Gesellschaft Nützliche. Die Rechtseinrichtungen: Ehe, Eigentum, Obligation, Erbrecht u. A. sind soziale Maschinen. Die Reformen des Rechtes entsprechen den Verbesserungen physikalischer Maschinen und ihrer Anwendung, welche gleichfalls nie stillestehen; die Einzelnheiten und Formen der juristischen Institute entsprechen den Teilen und Teilchen, aus denen sich jede Maschine zusammensetzt und auf deren zuverlässiger Arbeit ihr Erfolg beruht. Deshalb ist es Unrecht, wenn Kirchmann die Kommentare zu einem unklaren Gesetzestext als unnütz angreift. Gewiss, sie entfallen mit dem besseren Gesetz. Aber die Maschine will bedient sein. So lange man keine bessere hat, müssen die Arbeiter bedacht sein, mit der schlechten möglichst vorteilhaft zu arbeiten, und man muss sie darin unterweisen. Unrichtig wäre es nur, wenn man die Maschine als Grundlage und Ziel der Wissenschaft betrachten, oder wenn man ihre Fehler verschweigen und nicht bestrebt sein wollte, sie zu verbessern.

Die Jurisprudenz ist nicht mehr, als jede andere angewandte Wissenschaft, als Medizin oder Baukunst, auf das Studium der Alten angewiesen. Die Geschichte lehrt, aber nur durch Kritik und Vergleichung. Lehrreicher aber, und wenn sich die Verhältnisse wesentlich geändert haben, auch zur Verwertung der Geschichte notwendig ist Beobachtung und Versuch; notwendig ist das Studium der Gegenwart, ihrer Bedürfnisse und Verhältnisse, damit man für sie sorgen, ihrer Einrichtungen, damit man deren Vorteile bewahren, die Schäden vermeiden lerne. Der Gegenstand der Jurisprudenz hindert ihren Fortschritt nicht, weder das veränderliche „natürliche“ Recht, noch das Gesetz. Denn das Handeln des Menschen ist ebenso stetig wie das Wachstum des Baumes, und die Jurisprudenz sucht nicht das natürliche als ursprüngliches, sondern als vernünftiges Recht. Die freie Jurisprudenz stört auch nicht das Gefül des Volkes für das Recht, sondern leitet es. Der Kampf um das I-Tüpfelchen eines Anspruchs ist nicht der Ausdruck des höchsten Rechtsgefüls, das sich vielmehr stets der Zusammengehörigkeit mit den Anderen bewusst sein muss. Die ungezähmte Rachelust, welche die Strafgesetzgebung einleitete, wird durch den Zweckgedanken kultivirt, vermenschlicht. — Die

juristische Maschinerie unserer Zeit arbeitet wol noch lange nicht gut, sicher und rasch genug und verlangt eindringliche Reformen. Aber wer die Einrichtungen von heute mit denen des Mittelalters vergleicht, wird grosse Fortschritte zugestehen müssen; und ob die Männer, denen die Fortschritte zu danken sind, die akademische Laufbahn vollendet haben, ist für die Natur ihrer Leistungen ebenso gleichgiltig, als es für die Natur der Entdeckungen Robert Mayer's oder der Erfindungen Edison's unentscheidend ist, ob diese Männer an einer technischen Anstalt approbirt wurden.

Die freie juristische Forschung ist auch interessant. Was kann den Menschen mehr anregen als der Mensch, als die Untersuchung der Gesetze, welche die geordnete Tätigkeit unser selbst beherrschen?

Richtig ist, dass das Recht mit den Interessen der Menschen tief verwachsen ist und dass die Leidenschaft der Parteien sich seiner bemächtigt. Der juristische Denker muss deshalb einen besonders hohen Grad von Unbefangenheit und Pflichttreue bewähren. Um so höher ist sein Beruf. Mehr als vom Künstler gilt von ihm das Wort: „Der Menschheit Würde ist in Eure Hand gegeben."

II. Die soziale Natur des Privatrechtes.

Man ist gewont, das Recht in öffentliches und Privatrecht zu teilen; entweder nach dem Gebiet, wobei man unter Privatrecht Status-, Familien- und allgemeines Vermögensrecht begreift, oder grundsätzlich. Die beiden Teilungen kreuzen sich. In der Materie des Privatrechtes kommen öffentlich-rechtliche, in der des öffentlichen Rechtes privatrechtliche Grundsätze zur Anwendung. Es hat dies schon manchen Theoretiker irregeführt.

Bei der grundsätzlichen Teilung wird das Privatrecht auch als „reines" Recht bezeichnet. Savigny begründet z. B. die Rückwirkung von Gesetzen, welche das Dasein von Rechten betreffen, mit den Worten: „Die meisten und wichtigsten dieser Gesetze haben streng positive, zwingende Natur, indem sie ausser dem reinen Rechtsgebiet ihre Wurzel haben und mit sittlichen, politischen, volkswirtschaftlichen Gründen und Zwecken im Zusammenhange stehen."

Wenn wir diese Gründe und Zwecke als sozial bezeichnen, so ist darnach das Privatrecht sozial indifferent. Es ist blind für die Verhältnisse und Machtfaktoren in der Gesellschaft. Es entscheidet und verteilt lediglich nach Konsequenz allgemeiner Grundsätze, Willen der Parteien, Lebensgewonheit als Ausdruck und Bildungsquelle dieses Willens und Natur der Sache. Diese Anschauung beherrschte auch die Doktrin des Privatrechtes im Mittelalter und liess sie insbesondere in dem Inhalt der römischen Gesetzessammlung eine Art absoluter Gerechtigkeit erblicken. Möglich war die Auffassung nur deshalb, weil die Jurisprudenz im Mittelalter von dem Volke getrennt war,

.essen Aufrechterhaltung ihr oblag, nicht das nd sie dadurch keinen Einblick in seine Ent- hatte. Das *corpus juris* war für sie der Be- nissvollen Macht, die juristische Bibel. Erst nit der Teilname des Volkes an der Gesetz- auch das Verständniss für die wirkliche Natur htes, für seinen Zusammenhang mit den ge- aktoren.

tniss zwischen Recht und rechtschaffender Ge- das philosophische Verhältniss zwischen Ich Dogmatisch ist das Ich, dass heisst die Person, r das Verhältniss nachdenkt, ein einzelnes, s Ding in der grossen Masse des Bestehenden. was man Objekt nennt, Projektil seines Ge- seiner Denkweise abhängig, nicht blos in der , welche Kant betont (durch Formen *a priori*), ell; in jedem Kopfe malt sich die Welt anders. ndung eines gewissen Zwanges zur Wahr- s zum Begriff des Wirklichen. Diese Empfin- sich gegenüber den Gestalten, welche wir Sie sind wol dann gleichfalls wirklich und s auf, aber wir wissen uns als Ursache. Wir glauben, das Schaffen auch unterlassen, und wir glauben, das von uns Geschaffene auch Zur kritischen Abhängigkeit von uns gesellt he.

t das Verhältniss zwischen Recht und recht- alt zu begreifen. Dogmatisch sind Staat, Gemeinde, Kirche juristische Personen, deren Verhältnisse trotz mancher Eigentümlichkeit mit den Verhältnissen anderer juristischer Personen im Wesen gleichartig sind. Praktisch ist, soweit sie rechtschaffende Gewalten sind, die Rechtsnorm ihr Wille und der Inhalt derselben von ihnen abhängig.

Noch am Ende des vorigen Jahrhunderts war dies bestritten. In dem Kampf zwischen naturrechtlicher und historischer Auffassung des Rechtes trafen beide Richtungen in dem Irrtum zusammen, das Recht als vom Willen des Menschen unabhängig anzunehmen. Das Naturrecht glaubte es mit Logik erschliessen zu können; die historische Schule hielt es für einen spontanen

Ausdruck des Volksgeistes, aus ihm hervorströmend wie Wasser aus dem Quell. Aber das Recht ist kein logischer Schluss und auch das Volksrecht entsteht aus Zwecktätigkeit. Eine Person oder Personengruppe setzt eine Handlung, weil sie ihr nützlich ist, die anderen ahmen sie nach und so entsteht die allgemeine Uebung, welche aus Gründen der Ordnung für künftiges Handeln bindend wird. Im Laufe der Zeit mag die Erinnerung an den Zweckgedanken sich verflüchtigen; verschwindet sie aber ganz und will das Volk die Handlungsweise nicht mehr, so verliert diese auch den Charakter des Rechtes. Ein Wollen ist auch hier immer vorhanden und damit die Abhängigkeit von dem, der will.

Der Zusammenhang zwischen Recht und rechtschaffender Gewalt tritt im öffentlichen Recht logisch, d. h. augenfällig, aus dem Begriffe selbst hervor. Denn die rechtschaffende Gewalt ist hier Interessent, Partei; sie stellt die Norm für sich selbst auf. Das, und nicht eine theoretische Differenz, ein Pflichtrecht gegenüber dem reinen Recht, ein Können gegenüber dem Dürfen (Jellinek), gibt dem öffentlichen Recht sein Gepräge. Daraus ergeben sich auch dessen Theorien. Das Recht hemmt die Willkür, und die Gewalt, die befehlen kann, lässt sich nicht gerne hemmen. Daher gab es in dem streng disziplinirten Rom kein öffentliches Recht, d. h. keinen Richter, dem Exekutionsgewalt zur Seite stand, und daher stammt auch die noch heute von vielen Gelehrten, insbesondere von Gneist vertretene Anschauung, es gebe überhaupt kein öffentliches Recht; was man so nenne, sei lediglich freiwillige Selbstbeschränkung, Selbstkontrole der Verwaltung. In Oesterreich stammt hieraus die Eigentümlichkeit, dass seine höchste politische Instanz, das Reichsgericht, nur erkennt, aber nicht vorschreibt, intendirt, aber nicht condemnirt; der Staat soll nicht gezwungen werden. Die Auffassung verliert an Boden, jemehr bei uns das Volk Einfluss auf die Gesetzgebung erhält, weil die Vergangenheit es belehrt hat, wie wichtig es für seine Freiheit sei, den Einzelnen auch gegen die organisirte Staatsgewalt zu schützen. Aus diesem Charakter des öffentlichen Rechtes erklärt sich der Zwang von Amtswegen, die Theorie, dass öffentlichrechtliche Ansprüche zugleich Pflichten sind, der oft unberechtigte Vorrang staatlicher Ansprüche z. B. aus Steuern oder Gebüren

vor Forderungen Privater, die Strenge, mit welcher zu Gunsten des Staates eingegriffen, und das freie Ermessen, welches dem Staate eingeräumt wird. Es ist heute ein Zeichen für grösseren Einfluss des Volkes, wenn dieses Ermessen der Behörden mehr unter die richterliche Kontrole gestellt wird. Die Verfassung des einzelnen Staates gibt ihrer Bestimmung nach das Bild der bestehenden Machtverhältnisse, und ein Gegensatz zwischen ihnen, zwischen formaler und realer Verfassung (Lassalle) tritt nur dort ein, wo sich die realen Machtverhältnisse geändert haben, die festgefügte Form der alten Verfassung aber dem Ansturm des Neuen noch nicht gewichen ist.

Im Privatrecht tritt der Zusammenhang zwischen Recht und Selbstinteresse der rechtschaffenden Gewalt nicht so auffällig hervor. Die letztere erscheint als unbefangen, als in der Mitte zwischen den Parteien stehend, die streiten oder deren Verhältnisse geordnet werden sollen. Dass dieser Schein trügt, zeigt sich schon bei einzelnen Streitfällen, wenn mächtige Personen beteiligt sind, oder wenn es sich um eine Frage handelt, welche die Interessen einer mächtigen Volksklasse berührt. Man mag sich an das Verbot im römischen Recht erinnern, die Forderung an einen Stärkeren abzutreten, oder an den durch seinen Gegensatz zur gewonten Kabinetsjustiz berühmt gewordenen Ausspruch des Müller's von Sanssouci: es gebe noch Richter in Berlin.

Im Allgemeinen ist indessen das Selbstinteresse der rechtschaffenden Gewalt (nicht als Interesse an der Gerechtigkeit, sondern als egoistisches Interesse aufgefasst) an dem Ausgang des einzelnen Privatrechtsstreites nicht beteiligt, desto mehr aber an der allgemeinen Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse.

Die rechtschaffende Gewalt besteht nämlich in letzter Linie aus Personen. Hinter dem abstrakten Sammelnamen bergen sich immer Einzelne. Die Gesetze, welchen das Handeln des Menschen untersteht, beherrschen daher auch das Handeln der rechtschaffenden Gewalt, vor allem die beiden Gesetze des Interesse und der Kraft. Jeder Mensch strebt sein Interesse, den Inhalt seiner Wünsche zu verwirklichen. Wenn die Wünsche verschiedener Personen einander widerstreiten, entscheidet die überwiegende Kraft. Der Wille eines jeden gilt, oder, wie Spinoza sagt, sein natürliches Recht reicht soweit als seine

Macht. Das zeigt sich im rechtlosen Zustand, d. h. dort, wo keine den Einzelnen an Macht überlegene gesellschaftliche Gewalt besteht, unmittelbar. Die Einzelnen kämpfen mit einander und der Sieger befiehlt. Wenn eine Gesellschaftsordnung getroffen und eine übermächtige Rechtsgewalt errichtet ist, wird aber der Kampf nicht aufgehoben, sondern erhält nur eine andere Richtung. Der Einzelne beugt sich der Gesammtmacht, aber er sucht Einfluss auf sie und durch sie zu erhalten. Der Boden des Kampfes ändert sich und damit auch die Weise; aber das Gesetz der Kraft gilt in der geordneten Gesellschaft wie ausser ihr.

Der Anteil an der rechtschaffenden Gewalt, wenn er auch als politischer Einfluss geräuschvoller hervortritt, ruht auf realer Macht und diese überwiegend auf Status, Familienverband und Vermögen, dem Inhalt des Privatrechtes. Die politisch Mächtigen sind deshalb stets bestrebt, die Verhältnisse dieser Art, d. h. das Privatrecht, zu ihren Gunsten zu ordnen, während andererseits die Klassen, die sich in günstigen Verhältnissen solcher Art befinden, allmälig politische Macht gewinnen. Wir finden daher im Privatrecht eines jeden Volkes zu jeder Zeit die sozialen Machtverhältnisse sanktionirt (krystallisirt). Es ist der Spiegel der Machtverteilung innerhalb des Volkes, sowie der des sozialen Gesammtcharakters, der überwiegenden Beschäftigung, der Bildung, der religiösen Auffassungen, der kulturellen Bestrebungen des Volkes. Das Privatrecht zeigt, ob das Volk sich in der nomadischen, agrarischen, händlerischen oder industriellen Epoche befindet, ob es kriegerisch oder friedlich ist, ob es seine wirtschaftlichen Arbeiten selbst verrichtet oder durch Personen, die ausserhalb des Volkes stehen (Sklaven), verrichten lässt, ob es gleichgeschichtet ist oder sich in Besitzende und Besitzlose sondert, ob das politische Leben volkstümlich ist oder eine Aristokratie oder vorherrschende Berufsklasse besteht u. a. m.

Unter den Kritikern des derzeitigen Entwurfs zu einem deutschen Civilgesetzbuch hat Gierke insbesondere den nationaldeutschen, Anton Menger den Standpunkt der Besitzlosen vertreten. Der soziale Charakter des Privatrechtes ist jedoch umfassender. Die Wechselwirkung zwischen Privatrecht und Gesellschaft betrifft alle die verschiedenen wirtschaftlichen, sittlichen, politischen und sonstigen sozialen Zusammenhänge

des Volkslebens, welche dadurch, dass die Individuen, bei denen sie bestehen, ihr Interesse in der Gesellschaft zu verwirklichen streben, zu sozialen Machtverhältnissen werden.

Dieser Zusammenhang wurde durch Macchiavelli wissenschaftlich festgestellt. Er hat im Fürsten sowie im Livius und den florentinischen Geschichten die Gesetzgebung als Mittel der Macht erkannt und behandelt. Auf seinen Schultern ruht Montesquieu, der auch gleich ihm auf die politische Macht den Nachdruck legt und die Tatsache, ob in einem Staat Tyrannis, Monarchie oder Republik besteht, als Hauptursache für den Inhalt der Gesetze zu erweisen bemüht ist. Der Gesichtspunkt wird im 19. Jahrhundert aufgegeben und es werden die Ursachen der politischen Macht selbst verfolgt. Die englische Theorie (Buckle) legt das Gewicht auf die natürlichen Verhältnisse, welche Charakter und Lebensweise im Menschen bestimmen, die historische Schule auf die nationalen, die sozialistische (materialistische) auf die wirtschaftlichen Verhältnisse. Wol sind auch die naturale, namentlich die in der Waffe verkörperte Gewalt, und, wie der Einfluss der Kirche zeigt, auch die Autorität unmittelbare und starke soziale Kräfte, welche im Kampf mit der wirtschaftlichen Kraft, dem Besitze siegen und die Besitzverhältnisse in ihrem Interesse ordnen können. Auch die Idee ist eine Macht, und die Erkenntniss ihrer natürlichen Beschaffenheit und ihres kausalen Verbandes stört ihre Eigenart und Eigenkraft so wenig, als der elektrische Strom durch die Erforschung seines Wesens seine Kraft verliert. Aber praktisch hat Marx Recht. Der Mensch strebt zunächst und zustärkst nach Existenz. Wer die Mittel zu seiner Existenz beherrscht, beherrscht ihn. Der Besitz hat deshalb besonders hervorragende, ihm allein eigentümliche Vorzüge. Er bietet unmittelbar den Lebensgenuss, und kann ihn auch Anderen verschaffen. Er ist auch dauerhaft, übertragbar, durch Dritte zu verwalten und damit von der Bedeutung des Individuums weniger abhängig. Die Mächtigen aller Zeit, mochte der Grund ihrer Macht wo immer gelegen sein, haben daher stets gestrebt, Besitz zu erlangen und ihrem Stamm zu bewahren. Ist die überwiegende soziale Macht nicht ursprünglich Folge des Besitzes, so wird sie dessen Ursache und von da an Folge.

Die Theorie der realen Machtverhältnisse ist für das praktische Denken die allein fruchtbare. Denn der Einfluss der natürlichen und nationalen Faktoren ist zu wenig klar und berechenbar, während das Uebergewicht der realen gegenüber den in der bestehenden Organisation ausgedrückten (formalen) Machtverhältnissen (wobei aber die Organisation allerdings selbst eine reale Kraft enthält) sich namentlich in unserer bewegten, durch diesen Gegensatz gekennzeichneten Periode kundgibt. Die realen Machtverhältnisse aber sind, wie schon bemerkt wurde, fast sämmtlich (Status, Familie, Vermögen) Objekt des Privatrechtes.

Es wird lohnend sein, den Verband zwischen den Normen des Privatrechts und den sozialen Strömungen, deren Produkt oder doch Anzeichen sie sind, in Einzelndarstellungen systematisch auszuführen. Hier soll er lediglich an einigen Beispielen aus allseits bekannten Rechtssystemen anschaulich gemacht werden.

Die Quellen des Privatrechtes zeigen unmittelbar in ihrer Form die formale, in der Ausführung die reale rechtschaffende Gewalt. Sie begründen das Privatrecht, aber sie gehören ihrem Wesen nach dem öffentlichen Recht an. Ihre Beziehung zu den staatsrechtlichen Faktoren ist sofort erkennbar.

Ein Beispiel! Die Quellen des Privatrechtes sind Gesetz und Gewonheit. Ueber ihr gegenseitiges Verhältniss ist Streit. Im *corpus juris* finden sich zwei Stellen, welche einander widersprechen. Eine Digestenstelle *(l. 32, §. 1, D. 1, 3)* gibt dem Gewonheitsrecht die Kraft ein Gesetz aufzuheben, eine Codexstelle *(1. 2, C. 8, 53)* spricht ihr diese Kraft ab. Man hat manche Versuche gemacht, den Widerspruch zu überbrücken. Die einfachste Erklärung scheint aber durch einen analogen Gegensatz im englischen Recht gegeben zu werden. Nach *common law* gilt die Regel, dass *consuetudo praescripta et legitima vincit legem (Littl. s. 169)*; dagegen stellt Gerichtspraxis und Theorie fest, dass niemand sich einem Statut gegenüber auf Gewonheitsrecht berufen dürfe (Stephen-Blackstone, I, S. 60, vergleiche Gundermann, Besitz, §. 11). Digesten und *common law* enthalten Volks-, Codex und *statute law* enthalten Fürstenrecht. Der Fürst will befehlen und Gewonheitsrecht ist ihm deshalb nicht genehm; die Geltung des Volksrechtes ist ein Zeichen volkstümlicher Regierung.

Wir treffen dies auch in der Entwicklung des Rechtes in Deutschland an. Es herrscht Gewonheitsrecht, so lange das Volk noch selbst richtet. Das römische Recht hat hier den Charakter des Gesetzesrechts. Das *corpus juris* ist für das Mittelalter eine abgeschlossene Gesetzessammlung. Seine Rezeption, die auch auf eine angebliche *lex Lothari* gestützt wurde, ist Tat des Kaisers und der Fürsten zur Hebung ihrer Macht. Es nimmt dem Volke seine Gerichtsbarkeit, macht den Bauern ihr lassitisches Eigentum zu einem Ususfruct, welcher dem Eigentum des Herrn weichen muss (das Bauernlegen), und entzieht den bäuerlichen Gemeinden Almende und Gesammtgut, weil sie nicht ins römische System passen. Fürstenrecht und damit Ausschluss des Gewonheitsrechtes ist auch in den drei grossen Gesetzbüchern zu Ende des 18. und Anfang des 19. Jahrhunderts (Landrecht, österr. bürgl. Ges., *cod. civ.*) enthalten, sowie in fast allen neueren Gesetzen. Bei Verfassung des deutschen Handelsgesetzbuches haben Vertreter des Handelsstandes mitgewirkt und so hat das Gewonheitsrecht Eingang gefunden.

Von höchster politischer Bedeutung ist die Frage, wer Gesetzgeber ist: Fürst, Stände oder Volk, centrale oder autonome Gewalt. Das deutsche Recht im Mittelalter wird durch den Satz beherrscht, dass Willkür Landrecht, Landrecht Reichsrecht breche. Der Satz hat mit dem Verhältniss zwischen allgemeinem und besonderem Recht nichts gemein, sondern bezeugt den partikularistischen Aufbau des Reiches. Im neuen Reich, bei dessen Gründung man bestrebt war die Einheit zu erhalten, gehen die Reichsgesetze den Landesgesetzen vor (Art. 2 der Verf.-Urk. v. 16. April 1871). Der umgekehrte Weg ist gegenwärtig in Oesterreich eingeschlagen worden. Das bürgerliche Gesetzbuch hatte (§. 11) die Provinzialrechte aufgehoben. Durch das Staatsgrundgesetz vom 21. December 1867, Nr. 141 R. G. Bl., ist der Wirkungskreis des Reichsrats scharf begrenzt, der Rest gehört in die Kompetenz der Landesgesetzgebung. Die Ordnung der Justiz ist ein Bild der politischen Zustände.

Wenn ein Gesetz gegeben ist, so muss es wirken. Seine Geltung kann, soweit es sich nicht um subjektives Verschulden handelt, von der Kenntniss des Einzelnen nicht abhängig gemacht sein. (Das wird gemeinhin in der unpassenden Form ausgedrückt, dass Unkenntniss des Gesetzes nicht ent-

schuldigt.) Die Bestimmung ist daher notwendig. Aber in ihrer Ausführung, in den Anordnungen über die Art der Kundmachung und die nöthige Zwischenzeit bis zur Geltung des Gesetzes, sowie in deren Handhabung zeigt es sich, ob die breiten Schichten des Volkes sozial kräftig sind. Wo man auf sie keine Rücksicht nehmen muss, sorgt man nur für die formelle Publikation, um dem Gesetze zu entsprechen, und hat für den Zweck der Kundmachung keinen Sinn; im anderen Fall werden Anstalten getroffen, um die Bestimmungen des neuen Gesetzes in den Kreisen, welche durch dasselbe betroffen werden, wirklich und zeitlich genug bekannt zu machen.

Auch bei den Bestimmungen über die Auslegung der Gesetze zeigt sich der publizistische Geist. Der Absolutismus, der am Schlusse des vorigen Jahrhunderts in Deutschland herrschte, findet einen zutreffenden Ausdruck in der übereinstimmenden Verfügung der Josephinischen Gesetze (bürgerl. Gesetzbuch und allgemeine Gerichtsordnung) und des preussischen Landrechtes, dass der Richter bei zweifelhaftem Sinn des Gesetzes nicht selbst entscheiden, sondern den Fall „dem Landesfürsten", „nach Hof", oder „der Gesetzgebungskommission" anzeigen soll (I. Hauptstück, §. 26 Joseph. G.; §. 437, allg. G.-O.; §. 47, Einl. des pr. Landr.).

Die internationale Gesetzgebung war stets mit den politischen Verhältnissen auf das Engste verknüpft. Auch die Bevorzugung, welche das nationale Recht jetzt allenthalben vor dem des Wohnsitzes erhält, fusst vorwiegend auf der völkerrechtlichen Uebung, dass jeder Staat seine Angehörigen im Auslande zu schützen habe. Die Beispiele liessen sich vervielfachen.

Das Statusrecht wird wie das Quellenrecht grundsätzlich gar nicht in das Privatrecht einbezogen. Es ist mehr dessen Einleitung, als Bestandtheil. Sein sozialer Charakter wird schon in den Schlagworten, welche seinen Inhalt bezeichnen: Sklaverei, Leibeigenschaft, Untertänigkeit, Staatsangehörigkeit, Fremdenrecht, Rechte des Adel-, Bürger-, Bauernstandes, Einfluss des Religionsbekenntnisses u. s. w. genügend erkannt. Es zeigt zumeist die Gliederung der Gesellschaft im Staate, den Stand ihrer sozialen und ethischen Kultur, in einzelnen Bestimmungen auch ihren wirtschaftlichen Zustand.

Der Humanismus im Recht begann mit der Aufstellung angeborener Rechte. Die Geschichte, wie diese Rechte entstanden sind, erinnert an den bekannten Reiterangriff bei Waterloo: Ein breiter und tiefer Graben hemmt den Lauf. Die Reihen stürzen hinab, Mann auf Mann und Ross auf Ross, bis der Graben ausgefüllt ist, und über sie hinweg in der durch ihre Leichen geschaffenen Ebene stürmen die Anderen. Ueberall, wo wir ein Recht für angeboren, für unbestreitbar und unbestritten halten, ist mehr als eine Kluft durch Menschenleichen ausgefüllt worden. Die Sklavenfrage hat noch nicht aufgehört, Opfer zu fordern, der Religionshass wütet noch fort, die Hörigkeit konnte nur durch Aufstände überwunden werden, Revolutionen des dritten Standes füllen die Geschichte Europas. Der Erfolg harter Kämpfe wird in wenigen trockenen Bestimmungen über Rechts- und Handlungsfähigkeit, wie in einem Extrakt bewahrt. Noch in dem preussischen Landrecht z. B. sind Untertanen bei beabsichtigter Heirat verbunden, die herrschaftliche Genehmigung nachzusuchen (§. 161 des II. Th., 7. Tit.); Gutseinwohner, die sich vom Tagelohn nähren, müssen der Gutsherrschaft vor Anderen gegen den gesetzmässigen Tagelohn arbeiten (§. 182); Untertanen, die ihr Gut eigentümlich besitzen, können wegen liederlicher Wirtschaft, Widerspenstigkeit, Verschwendung, öffentlichen Aergernisses von der Herrschaft zum Verkauf des Gutes genötigt werden (§§. 287—292) u. a. m. Auch das österreichische Gesetz vom Jahre 1811 verweist in §. 1146 auf den Untertänigkeitsverband, der erst 1848 einer Revolution weicht. Das Schicksal der *carusi* in den sizilianischen Schwefelminen, welche noch heute unter den Augen der Behörden von ihren Vätern gegen Vorauszalung des Lohnes verdungen, oder wie der bezeichnende Ausdruck dort ist, verkauft werden, ist von dem eines Hörigen kaum zu unterscheiden.

Die Rechtsstellung der Fremden ist ein unfehlbarer Massstab für den Grad ethischer Kultur, der im Lande herrscht. Sie ist noch heute in den vorgeschrittensten Staaten durch das Verlangen der Reziprozität und durch Retorsion gefährdet. Religiöser und politischer Fanatismus treibt noch heute Fremde, Andersgläubige und Andersnationale von Haus und Hof, oder beschränkt sie empfindlich in ihrer Rechts- und Handlungsfähigkeit.

In einzelnen Bestimmungen zeigt sich der Charakter des friedlichen oder des Kriegerstaats (Privilegien des Militärstandes), oder der Uebergang von der nomadischen zur agrarischen, von dieser zur industriellen Periode. Die Erweiterung der Kaufmannseigenschaft im Handelsgesetz auf die Gewerbe und derzeit im Deutschen Reich auf landwirtschaftliche Unternehmungen, die Verallgemeinerung der Wechselfähigkeit in der Wechselordnung sind z. B. Siege der industriellen Aera.

Die Rechtsstellung von öffentlichen und privaten Körperschaften hängt auf das Innigste mit den politischen Zuständen zusammen. Die streng absolutistische Verfassung Oesterreichs zur Zeit der Abfassung des allg. bürgerl. Gesetzbuches konnte z. B. nicht besser gekennzeichnet werden, als dass die Gemeinde als Privatperson, das Gemeindegut als Privatgut erklärt ist (§. 286 a. b. G. B.). Die Tätigkeit privater Körperschaften ist stets an der Grenze des öffentlichen Rechtes, und eifersüchtige Staaten mögen sie nicht. Ob Korporationen zu ihrer Entstehung der staatlichen Genehmigung bedürfen oder nur anzuzeigen sind, ist deshalb noch gegenwärtig ein Objekt des Streites, wobei das Misstrauen des Staates gegen Gebilde alter und neuer Gesellschaftsordnung, gegen todte Hand auf der einen, Gewerkschaft auf der anderen Seite gewichtig in die Wagschale fällt.

Das Familienrecht ist ähnlichen Charakters wie das Statusrecht. Es wird zwar in das Privatrecht gereiht; aber grundsätzlich ist längst anerkannt, dass die Beziehungen der Familienmitglieder zu einander öffentlich-rechtlicher Natur sind. Das Staatsinteresse ist mit ihnen auffällig verbunden. Aus der Familie ist alle geordnete Gemeinschaft entstanden. Der Staat war, und er ist zu grossem Teil noch heute unmittelbar Familien- (Gentil-, National-) Staat; aber auch der Territorialstaat der Neuzeit hat die Familie zur Grundlage. Wer die Familie wesentlich ändert, ändert das Gefüge der Gesellschaft; wer die Familie beherrscht, beherrscht die Gesellschaft. Deshalb haben auch die Mächte der Gesellschaft von jeher gestrebt, Einfluss auf die Ordnung des Familienwesens zu erlangen, und sie ist in Europa seit Jahrhunderten das Kampfgebiet zwischen Staat und Kirche.

Unsere Familie wird durch Ehe begründet. Die Regeung der Ehegesetzgebung ist in kritischen Zeiten ein Grad-

messer für das Machtverhältniss der kirchlichen und weltlichen Parteien, namentlich in katholischen Ländern. Die Selbständigkeit der französischen Regierungsgewalt unter Napoleon I. gegenüber der Kirche z. B. wird am sichersten durch dessen Einführung der Civilehe bewiesen. In Oesterreich sind das Patent vom 18. October 1856, mit welchem das kanonische Eherecht der Katholiken wieder eingeführt wurde, und dessen Abschaffung durch das Gesetz vom 25. Mai 1868 Marksteine der politischen Entwicklung. Der gegenwärtige Kampf in Ungarn, der das Land in zwei Lager teilt, wird seinen Niederschlag in dem Gesetzbuch über die Ehe haben. Der Kampf des österreichischen obersten Gerichtshofes gegen die sogenannten siebenbürgischen Ehen unter Verletzung der sonst anerkannten internationalen Rechtsgrundsätze ist auf Ueberzeugungen nicht-juristischen Inhaltes zurückzuführen.

Auch die Rechte der Eltern über die Kinder werden durch den Kampf zwischen Kirche und Staat (oder Liberalismus) betroffen. Bei Religionsverschiedenheit oder Religionswechsel der Eltern vertritt die Kirche ungleiche Behandlung zu ihren Gunsten. Wo sie kann, verlangt sie bei Mischehen den Revers, dass die Kinder in ihrem Dogma erzogen werden. Gegenüber dem staatlichen Schulzwang vertritt sie das Bestimmungsrecht der Eltern, gegenüber der eigenmächtig vorgenommenen Taufe der Kinder versagt sie es. Die Art der gesetzlichen Regelung des Verhältnisses zeigt den Einfluss der kirchlichen Gewalt. Doch tritt auch Staat und natürliches Elternrecht manchmal in Konflikt, wobei der Staat das Wohl des Kindes gegenüber kurzsichtiger oder engherziger Berechnung der Eltern, aber auch einen gewissen Staatssozialismus vertritt.

Ausser dem Kampf der politischen Gewalten wirkt auf das Familienrecht als zweiter, ebenso bedeutender Faktor der Charakter der Familie.

Der bürgerlichen Anschauung würde es entsprechen, Mann, Frau und Kinder als die Familie im engen Sinn aufzufassen. In den weiteren Kreis treten die beiderteiligen Eltern und Geschwister, und mit den Geschwisterkindern endet überhaupt der Verband einer besonderen Blutsfreundschaft. So urteilt auch das Straf- und Prozessrecht bei mannigfachen Ausnamsbestimmungen zu Gunsten oder zu Lasten der Blutsfreunde. Es

entbindet sie von der Anzeigepflicht, es entschuldigt ihre Vorschubleistung, es erklärt sie als Richter für verwerflich, als Zeugen für bedenklich, es bestraft ihre Verletzung mit besonderer Schärfe u. a. m. Auch das Ehehinderniss der Verwandtschaft passt sich der bürgerlichen Familie an. Der Familienbegriff unseres Civilrechtes im Allgemeinen ist aber noch adelig-feudal, und geht von der *gens*, der politischen Familie aus. Es kennt deshalb noch Verwandte der siebenten Linie, setzt ihnen den Gatten nach, und betrachtet Verschwägerte überhaupt nicht als zugehörig.

Aus dem adeligen Familienrecht stammen auch die Bestimmungen über uneheliche Kinder. Ihre soziale Bedeutung wurde von Anton Menger (Das bürgerliche Recht und die besitzlosen Klassen) hervorgehoben. Menger hat das preussische Landrecht zum Muster genommen. Er hätte ein Gesetz nennen können, welches in der Humanität noch viel weiter vorgeschritten war, das bürgerliche Gesetzbuch Josef's II. Nach ihm war das uneheliche Kind unverheirateter Personen dem ehelichen vollständig gleichgestellt (IV. Hauptstück, §§. 16—17), hatte gleiches Erbrecht auch gegenüber der väterlichen Linie und behielt diese Stellung selbst nach der Ehe eines Elternteiles mit einer dritten Person, wenn seine Rechte nicht abgefunden wurden. Die Bestimmung verursachte eine solche Erregung in der herrschenden Klasse, dass sie von Leopold II. sofort aufgehoben wurde (Patent vom 22. März 1791). „So folgen sich die Gegensätze auch in der Gesetzgebung gern", bemerkt Domin (Neuere österr. Rechtsgeschichte) dazu. Die Gründe, welche gegen die Aufname unehelicher Kinder in den Familienverband massgebend waren, haben auch auf die Legitimationsfrage Einfluss genommen.

Die Geschichte der väterlichen und vormundschaftlichen Gewalt zeigt gleichfalls die allmälige Auflösung der alten Familie. Der Vater, wie der Vormund war in alter Zeit ein Herr; bei uns ist der Vormund ein Erzieher und Verwalter, und der Vater ein natürlicher Vormund. Im heutigen Vormundschafts- und Curatorenrecht treten aber auch Familie und Staat einander gegenüber. Wo sich die Volksgewonheit erhalten hat, ist der Familienrat Vormundschaft; der Beamtenstaat setzt in das Gericht grösseres Vertrauen.

Auch die Adoption ist ein Ueberrest der alten politischen Familiengenossenschaft. Sie hat heute ihre Bedeutung verloren und ist ein formalisirtes Pflegschaftsverhältniss.

Den Kern des Privatrechts bildet das Vermögensrecht. Es wird von vier Grundsätzen beherrscht: Eigentum, Vertrag, Schadenersatz, Erbrecht. Da die Grundsätze in eben dieser Ordnung spezieller werden, entspricht es der induktiven Denkweise mehr, sie in umgekehrter Ordnung zu betrachten, und so vom Besonderen zum Allgemeinen aufzusteigen.

Die Erbfolge nach römischem Recht, welche die Rechtsgelehrten noch heute als prinzipiell richtig annehmen, wird im Allgemeinen dahin erklärt, dass sie eine Folge in die wirtschaftliche Persönlichkeit des Verstorbenen sei. Aus diesem Wesen des Erbrechts versucht man seine Eigentümlichkeiten zu erklären. Eine Fiktion erklärt aber nicht, und Folge in eine fremde „Persönlichkeit" ist nichts anderes als eine Fiktion. Das Erbrecht ist im Ursprung ein politisch-soziales Institut und entstammt der Periode des Familienstaates.

Nach unserer heutigen Auffassung ist das höchste politische Gebilde das Reich oder Land. Es zerfällt in Kreise (Bezirke) und Gemeinden, die Einheit ist also territorial. Die alte Gemeinschaft war national. Zuhöchst war der Stamm. Er zerfiel in Sippen und diese in Familien (*fam-ilia*, zusammenhängend mit ἅμα, „samt"). Die Familie war bei dieser Bildung das unterste politische Glied, die Gemeinde im Stammesstaat. Daher die Sorge, sie zu erhalten, daher auch ihre der Organisation des Staates ähnliche Einrichtung, die ausgebildete Funktion des Familienhalters, der nicht Familienvater, sondern Familienoberhaupt war. Das Recht des römischen *paterfamilias* über Personen und Sachen war kein Privatrecht, sondern *imperium*. Die Auffassung der agrarischen Periode, in welcher sich die Einrichtung der Familie sowol in Rom als in Deutschland festigte, liess zwischen Grundeigentum (Erbe) und Fahrhabe, *familia* und *pecunia* unterscheiden. Das Gut mit seinem Zugehör (den *res mancipi)*, das allein für wichtig galt, war, wie in Rom schon der Name bezeugte, Familieneigentum.

Mit der alten Familie hing nun auch das Erbrecht zusammen. Es war kein Erwerbsgrund, sondern der Eintritt als

Haupt der Familie. Dies gilt für Alt-Rom, wie für Alt-Deutschland. Nur bestand für die Nachfolge bei beiden ein verschiedenes System.

In Rom, dem Lande der strengen Disziplin, hatte das Familienhaupt auch das Recht, seinen Nachfolger zu wählen. Er war hiebei zweifellos durch die Sitte gebunden und ein Missbrauch in der alten Zeit ebenso unerhört wie der Missbrauch des Rechtes über Leben und Tod der Familienmitglieder. Aber von Rechtswegen war er frei. Nur wenn er nicht ernannte, trat das Legitimitätsprinzip ein. Das ist die Bedeutung des berüchtigten *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Es war nichts als eine streng logische Folgerung aus dem Satze, dass nur, wenn der Erbe nicht ernannt war, die *sui* eintraten. Man nehme an, dass in einem Staat dem König zunächst das Recht vorbehalten wäre, seinen Nachfolger zu wählen und dass nur für den Fall, als er von diesem Recht nicht Gebrauch macht, die Nachfolge bestimmt würde. Nun habe der König einen Nachfolger für einen bestimmten Teil des Reiches ernannt. Tritt für den anderen Teil die gesetzliche Nachfolge ein? Die römischen Juristen hätten es verneint. Der König hat gewählt, die gesetzliche Nachfolge ist ausgeschlossen, der für den Teil Erwählte ist daher für das Ganze erwählt.

Aus der Pflicht, für die Erhaltung der Familie zu sorgen, entstammte auch die Erbenpflicht der *sui*, während jeder Andere die Wahl hatte, die ihm angetragene oft lästige Würde anzunehmen oder abzulehnen. Die Wichtigkeit der Erbantretung, die Verschiedenheit von Erbrecht und Vermächtniss, die Abhängigkeit aller Vorschriften des Testamentes von der Anname des Erben und manche andere Einzelnbestimmung des altrömischen Erbrechtes hängt mit dieser politisch-sozialen Bedeutung des Instituts zusammen.

Das Erbrecht der *gens* war auch kein Erbrecht der Verwandtschaft, sondern des höheren politischen Verbandes. Der Beweis liegt schon darin, dass die *gens* nur aus den Agnaten gebildet wurde. Das prätorische Erbrecht, indem es die *cognati* einschob, zeigte den Zerfall der altrömischen Sippe an und förderte ihn; und dieser Zerfall, bei dem Mangel eines neuen grundlegenden Prinzips für die Intestaterbfolge, erklärt auch die mannigfachen unsteten Wandlungen bis zur Novelle 118,

sowie aus gleichem Grunde das Erbrecht schon in der ersten Kaiserzeit zu einem blossen Titel für Vermögenserwerb geworden war.

Bei den deutschen Stämmen trat sofort, wenn das Familienhaupt starb, das Legitimitätsprinzip ein; der Todte erbte den Lebendigen. Deshalb kannte auch das deutsche Reich kein Testament. Es wurde erst, als die deutsche Sippengenossenschaft geschwunden war, mit dem römischen Recht, aber in rein individualistischer Bedeutung als selbständige Verfügung über sein Vermögen, als Erweiterung des Eigentums über den Tod hinaus aufgenommen. Als blosser Titel zum Eigentumserwerb wurde es nicht blos in den neuen Gesetzbüchern, sondern auch in den Systemen des Pandektenrechtes eingeschaltet. Mit dem Studium des altrömischen Rechtes seit Savigny fand man diese Einreihung als nicht zutreffend, suchte aber nun — selbstverständlich ohne Erfolg — durch allerlei Fiktionen die Bestimmungen des alten Rechtes mit der geänderten Bedeutung des Instituts zu vereinigen.

Mit dem Aufhören der politischen Familie hat das Erbrecht seinen sozialen Charakter geändert. Es ist heute nur Rechtsgrund zum Erwerb eines Vermögens als Inbegriffs von Rechten und Verbindlichkeiten *(universitas rerum)*, und unterscheidet sich nicht wesentlich von anderen Erwerbsarten, welche ein ganzes Vermögen betreffen z. B. Uebername eines Handelsgeschäftes mit Aktiven und Passiven. Organisch mit unserem Familienbegriff verbunden sind nur die Alimentationsverpflichtungen, welche der Verstorbene teils unter juristischem Zwang, teils nach Sitte zu erfüllen hat, d. h. Pflichtteilsrecht und Intestaterbrecht der nächsten Blutfreunde (Kinder, Gatte, Eltern, Geschwister). Die Pflichtteilsrechte sollten sich aber nicht ausschliessen wie alte Erbrechte, sondern wie Vermächtnisse nebeneinander bestehen; der dürftige Vater ist zu unterstützen, auch wenn Kinder vorhanden sind. Das Testament ist, soweit es nicht Alimentationsverpflichtungen einlöst, reine Schenkung. An die Stelle der *gens* tritt der Staat.

Die Entwicklung des Erbrechtes bietet somit ein auffälliges Beispiel für den sozialen Charakter eines privatrechtlichen Institutes. Seine heutige Gestalt ist ein Ueberbleibsel aus alter Zeit. Es müsste in der bürgerlichen Gesellschaft auf Grundlage des Alimentations- (Pflichtteils-) Rechtes neu aufgebaut werden.

Die soziale Bedeutung des Schadenersatzrechtes wurde erst jüngst durch die Vorarbeiten zum deutschen Unfallversicherungsgesetz (1881) in deutliches Licht gestellt. Die Motive haben darauf hingewiesen, dass auch das Unfallhaftpflichtgesetz die Absicht, zwischen Arbeitgeber und Arbeiter Frieden zu stiften, nicht erreicht habe. Die Beweislast sei zu schwierig; es hänge zu sehr von Einzelnheiten ab, ob die Haftung bestehe oder nicht, und Arbeitgeber wie Arbeiter beklagen sich deshalb über den Druck des Gesetzes. „Jede Regelung, welche den Anspruch des Arbeiters von einem wirklichen oder fingirten Verschulden des Unternehmers abhängig macht“ — heisst es daselbst — „ist mit der Gefahr verbunden, dass über das Vorhandensein dieses Verschuldens in jedem einzelnen Falle der Anwendung Zweifel entstehen. Damit bleibt es aber mehr oder weniger dem Zufall überlassen, ob die einzelnen Arbeiter der Wohltaten des Gesetzes in gleichmässiger Weise teilhaftig werden und ebenso bleibt der verbitternde Einfluss, welchen der gegenwärtige Zustand zwischen Arbeitgeber und Arbeiter ausübt, in ungeschwächter Kraft bestehen.“ Man hat deshalb ein öffentlich-rechtliches Institut eingeschoben, welches den Arbeiter auch in denjenigen Fällen schadlos stellt, wo der Arbeitgeber nicht haftbar gemacht werden kann, und hat damit auch die Möglichkeit geschaffen, den Arbeitgeber nur entsprechend seiner Schuld zu belasten.

Die tiefere Ursache des Streites über das massgebende Ersatzprinzip, welcher in der Theorie noch immer mit Heftigkeit geführt wird, besteht darin, dass Ersatzrecht und Ersatzpflicht nicht korrelat sind.

Das naturale Problem ist einfach genug. Der Geschädigte will stets um des Schadens willen Ersatz, der Schädiger (oder zum Ersatz Verhaltene) will stets nur für Schuld haften. Die beiden äussersten Fälle sind nicht bestritten. Wer bloss durch eigene erhebliche Schuld beschädigt wurde, hat keinen Anspruch auf Ersatz. Wer bloss durch seine erhebliche Schuld Schaden verursacht hat, muss Ersatz leisten. Zwischen diesen beiden Extremen aber ist eine Reihe gegenseitiger Beziehungen des Verletzers und Verletzten, in denen der eine Ersatz begehrt, der andere ihn nicht leisten mag. Das gleiche Problem wie für den Ersatz überhaupt besteht dann auch für dessen Höhe. Der Ge-

schädigte nimmt den Schaden, der Schädiger seine Schuld zum Massstab. Die Logik allein hilft hier nicht. Logisch ist es ebenso zulässig zu erklären, dass, wer einen Schaden gestiftet hat, ihn zu büssen habe, als dass der Beschädigte zum Ersatzanspruch einen besonderen Grund haben müsse. Jeder Grundsatz, den man aufstellt, ist einseitig. Die gemeinrechtliche Doktrin hatte das Schuldprinzip auf die Spitze getrieben: ohne Schuld kein Ersatz. bei Schuld voller Ersatz. In alter Zeit dagegen galt selbst für Delikte nur die Tat. Wer getödtet hatte, verfiel der Blutrache; ob und wiesehr er schuldig war, entschied nur für sein Recht, sich zu lösen. Das Naturrecht, welches der durch die Erfarung bewiesenen Unbilligkeit der gemeinrechtlichen Doktrin steuern wollte, machte allerhand Vermittlungs- und Abschwächungsversuche; das preussische Landrecht und noch mehr der *code civil* haben Haftung für Schäden durch unverschuldete Tat gelten lassen, und in neuester Zeit fand Ihering, dass auch in den Digesten das Schuldprinzip nicht ausschliesslich herrschte. Die Erklärung aller dieser Gegensätze und Schwankungen liegt in der Inkongruenz zwischen Ersatzrecht und Ersatzpflicht. Die Lücke, welche zwischen ihnen besteht, wurde stets von der sozial mächtigen Partei zu ihren Gunsten ausgenützt, und die Entwicklung des Schadenersatzrechtes bietet deshalb, da auch die Forschung nach einem massgebenden Grundsatz der Billigkeit durch die Zeitströmung befangen ist, ein Zeichen für den grösseren Einfluss der in der Regel schädigenden oder in der Regel beschädigten Klasse.

Das Haftpflicht- und das Unfallversicherungsgesetz werden z. B. für den künftigen Sozialforscher Zeichen sein, dass der Arbeiterstand am Ende des 19. Jahrhundertes mächtiger wurde. Wenn der kleine Mann herrscht, wird für den kleinen Mann gesorgt. Auch die *lex Aquilia* war ein plebejisches Gesetz. Nach dem Zwölftafelgesetze bestand eine Ersatzpflicht wegen Bruchschäden *(de rupitiis)*. Es scheint, dass das Gesetz, welches den Uebermut der römischen Junker zügeln sollte, von den patrizischen Richtern sehr enge ausgelegt wurde. Was nicht Bruch *(ruptum)* war, wurde nicht ersetzt, selbst wenn die Beschädigung zweifellos verschuldet war, und selbst wenn sie den Tod nach sich zog. Man unterschied sogar (das lässt der Text der *lex Aquilia* vermuten) zwischen *rumpere*, brechen, und *frangere*,

zerbrechen, und liess auch für Zerbrechen nicht haften. Die Beschwerden der Plebejer hierüber scheinen ebenso häufig gewesen zu sein, wie die unserer Arbeiter über das fehlerhafte Schadenersatzrecht; und so entstand endlich die *lex Aquilia*, welche sowol die Person als auch das Vermögen in ausgedehnterem Masse schützte, namentlich „verbrennen, brechen und zerbrechen" einander gleichstellte. Dass nach dieser Zeit die Klasse der Beschädigten grössere Macht hatte, beweist die nunmehrige, der früheren entgegengesetzte Auslegung. Wo der Wortlaut der *lex Aquilia* und auch die nunmehr beliebte erweiterte Auslegung des *rumpere* als *corrumpere* (beschädigen) nicht ausreichte, wurde die Klage *utiliter* gewährt und so ein zureichender Schutz für alle Verletzungen aus Bosheit und Fahrlässigkeit geschaffen (Gajus, III, 217, 219).

Die heutige Bewegung in der Theorie vom Schadenersatz ist zum Teil, wie schon bemerkt wurde, auf die grössere Macht des Arbeiterstandes, zum Teil aber darauf zurückzuführen, dass durch die grossen Industrie- und Verkehrsanlagen der Neuzeit das gesammte Publikum vielfach gefährdet ist. Fabriken und Eisenbahnen haben das neue Ersatzrecht geschaffen. Auf das Ersatzrecht im Verkehr wirkt das Uebergewicht des Kaufmannsstandes. Auch die allenthalben auftretende Versicherungstheorie, sowie die Verknüpfung der Ersatzpflicht mit dem Interesse (Unger) haben kaufmännisches Gepräge. In einzelnen Bestimmungen hat Humanität, der Vorbote einer sozialen Wendung zu Gunsten der unterdrückten Klasse, mitgewirkt. So ruht z. B. das österreichische bürgerliche Gesetzbuch auf dem Schuldprinzip, gibt aber doch (§. 1310) bei Schädigungen durch Kinder und Wahnsinnige einen Ersatzanspruch nach Ermessen des Richters, welchem Bedachtname auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten vorgeschrieben ist.

Bei einzelnen Ersatzforderungen spielen stets noch besondere Verhältnisse mit. Die rechtliche Behandlung der Geschwängerten geht parallel zur Behandlung unehelicher Kinder; bei Regelung der Wildschäden zeigt sich die grössere Macht der Jagdinhaber oder der Bauern u. a.

Von Verträgen sind es insbesondere Pacht, Lohnvertrag und Darlehen, deren Entwicklung von grossen sozialen Kämpfen begleitet ist, weil sie mit dem Herreneigentum in unmittelbarem Verbande stehen.

Bei der Pacht in der grundherrlichen Gesellschaft ist der Pächter der an die Willkür des Grundherrn gebundene Arbeiter. Die durch das Recht geduldete Härte der englischen Landlords gegen ihre Pächter hat erst vor Kurzem wieder in Irland einen Aufstand erregt. Sie erklärt die Theorie Ricardo's von der Grundrente als Ausbeutung der natürlichen Fruchtbarkeit des Bodens, welche man dadurch beseitigen wollte, dass die Fruchtbarkeit selbst Produkt der Arbeit sei. Denn die Iren wollten nichts als einen gemässigten Erbpacht, einen Schutz gegen willkürliche Austreibung und Zinserhöhung, welche den Erfolg ihrer mühsamen Bodenverbesserungen dem Grundherrn in den Schoss werfen. Sie haben sich derzeit nach erbittertem Kampf eine Verbesserung ihrer Lage errungen; wer sieht es den paar Gesetzesparagraphen an, wie viel Jammer und Blut sie gekostet haben? Ebenso ist der gegenwärtige Aufstand in Sizilien auf das dort noch ungehemmt bestehende Latifundiensystem zurückzuführen, bei welchem der Eigentümer das Land in Generalpacht gibt und der Pächter, öfters der Afterpächter, erst den Bauern verpachtet. Auch der erste Entwurf des deutschen Civilgesetzbuches drückte den Pächter (und Mieter), versagte ihm die dingliche Klage und machte ihn gegen den Nachfolger seines Verpächters (Vermieters) wehrlos. Er war aber nicht von einer positiven Tendenz getragen (der Vorwurf Menger's, dass die Gesetze unserer Zeit tendenziös gegen die Besitzlosen seien, ist überhaupt wenig berechtigt), sondern eine unbedachte Abschrift des römischen Rechtes und zeigt so recht die Fehlerhaftigkeit eines Systems, welches dem Juristen Geschichte und nicht Beobachtung als Grundlage seines Denkens anweist.

Der Lohnvertrag steht heute im Mittelpunkt der sozialen Bewegung. In Rom gab es keinen freien Arbeiterstand und so hatte auch die deutsche Rechtswissenschaft kein Lohnrecht. Dass der Arbeiter mit seiner Familie durch seine Arbeit menschenwürdig leben, dass er seine Arbeitskraft erhalten, dass die Feststellung von Lohn, Arbeitszeit und Arbeitsbedingungen diesem Zwecke dienen muss; dass die Arbeitskraft des Menschen physiologisch auf eine gewisse Lebensdauer eingeschränkt ist, und der Lohn daher auch die Existenzmöglichkeit für Alter, Invalidität und zeitweilige Arbeitslosigkeit, sowie Versorgung der Witwe und Waisen enthalten muss: das fängt sich an

langsam einzubürgern, aber nicht durch Erkenntniss, sondern nur durch die leidenschaftlichen und ausdauernden Anstrengungen der Arbeiter und durch die Versuche der herrschenden Parteien, in ihrem gegenseitigen Kampf die Arbeiter zu Bundesgenossen zu erhalten. So humanitär die Lohnbewegung in ihrem Ziel ist, trägt die Humanität doch wenig zu ihrer Lösung bei; so logisch ihre Forderungen sind, wurde sie von der Logik der Juristen gänzlich verlassen.

Von sozialem Interesse ist die Theorie Marx' vom Lohnvertrag. Marx betrachtet den Lohnvertrag in der kapitalistischen Gesellschaftsordnung als Verkauf der Arbeitskraft. Jede Waare habe den Normalwert ihrer durchschnittlichen Erzeugungsarbeit. Für die Arbeitskraft bestehe sie in dem zeitgemässen Existenzminimum, welches daher den normalen Arbeitslohn bilde. Durch den Vertrag überantworte der Arbeiter dem Käufer (Unternehmer) seine Kraft für den Arbeitstag. Eine halbtägige Ausnützung derselben gebe dem Käufer den ausgelegten Lohn zurück; die Mehrarbeit erzeuge den Mehrwert, durch welchen, also durch Ausnützung der gekauften Arbeitskraft, sich das Kapital bilde. Das Kapital sei deshalb seiner Natur nach auf diese Ausnützung der Arbeit angewiesen, und ewiger Kampf zwischen beiden die Folge.

Der Verkauf ist nicht der Sachvertrag, auf welchen der Lohnvertrag zurückgeführt werden darf. Schon die Römer haben ihn mit der Pacht zusammengestellt, woraus sich eine Reihe von Folgerungen im Interesse des Arbeiters ergibt (Ofner, Rechtsprincip des Arbeitslohns). Die gegenwärtige Behandlung der Arbeiter ist nicht Folge des Kaufgedankens, sondern Ueberlieferung der Hörigkeit. Marx hat aber auch in seiner Theorie einen doppelten Begriff von „normal". Er erklärt es für normal, dass der Arbeiter seine Arbeitskraft verkauft, und versteht hier normal als durchschnittlich, als regelmässige Tatsache. Dann untersucht er den Normalwert der gearbeiteten Dinge und erklärt als solchen die durchschnittliche Arbeit. Hier ist normal nicht mehr das tatsächlich Regelmässige, sondern bezeichnet den Zustand, der sich durch verschiedene Hindernisse hindurch allmälig entwickelt. Unter der Herrschaft von Privatunternehmern wird der Wert der Waare nicht nach der Arbeit allein berechnet. Der Unternehmer fasst vielmehr den gezalten Ar-

beitslohn ebenso unter die Kosten der Waare, wie den gezalten Preis für Maschinen und Fabrikseinrichtung und schlägt einen Gewinnsatz zu. Zugleich rechnet er individuell; er will gewinnen. Ob dies auf Rechnung des Arbeiters oder des Konsumenten oder beider geschieht, ist ihm gleichgiltig; nur die wirtschaftliche Schwäche des Arbeiters ist der Grund, dass er der Gedrückte ist. Deshalb ist der heutige Lohn nicht normal im Sinne des Normalwertes; die Feststellung eines solchen Lohnes (gegenüber dem Notlohn der heutigen Zeit) ist vielmehr Ziel der Arbeiterbewegung. Deshalb ist aber auch zwischen Unternehmer und Arbeiter kein schärferer Gegensatz als zwischen Verkäufer und Käufer, deren Interessen sich gleichfalls stets kreuzen, ohne dass hieraus der Untergang der Gesellschaft folgen müsste. Wenn man den Begriff des Normalwertes auf den Lohn anwendet, so besteht der Lohn des Arbeiters normal in dem seiner Arbeit entsprechenden Anteil an dem Produkt.

Sowie die Geschichte des Pacht- und Lohnvertrags die Unterdrückung des unselbständigen Arbeiters zeigt, so zeigt die Geschichte des Darlehensvertrags die Unterdrückung des selbständigen. Der Zins war von jeher das Mittel, durch welches der Reiche den Arbeitsertrag des Armen sich zuwandte. In Athen und Rom waren hierwegen ständige Bürgerkämpfe. Von Solon's Seisachtie ist es derzeit aus dem neu aufgefundenen Geschichtswerke des Aristoteles nachgewiesen, dass sie einen allgemeinen Schulderlass bedeutete und in Rom mussten die Plebejer wiederholt auswandern, um sich einen Zinsnachlass zu erzwingen. Nur im Mittelalter erhielt die Zinsfrage zum Teil einen andern Charakter. Die Kirche betrachtete jeden Zins als Wucher, und nunmehr war es kaufmännischer Verstand, der sich auflehnte, weil, wo Privateigentum besteht, auch Zins unvermeidlich ist. Der Kampf um den Zins bezeichnet hier die Entstehung der industriellen Periode.

Im Einzelnen kann auch der Kauf und jeder andere Vertrag, wo sich Interessen kreuzen, zur Bedrückung des Andern angewendet werden. Ein Beispiel bieten die Ratengeschäfte, deren Eigenart nur darin besteht. dass die Käufer regelmässig arme, unerfarene Leute sind. Die neueren Gesetze erweitern deshalb den Wucherbegriff.

In dem Obligationenrecht im Allgemeinen drückt sich die Weite des Verkehrs in einem Volke aus. An seiner Entwicklung kann man erkennen, wann es aus der agrarischen in die industrielle Epoche eingetreten und wie weit es in dieser vorgeschritten ist. Das römische Recht bietet hier ein auffälliges Beispiel. Unter den römischen Obligationen gibt es bekanntlich nur vier, welche durch blosses Uebereinkommen zu Stande kommen: Kauf, Pacht und Miete, Mandat und Gesellschaft. Man wird sich vergeblich bemühen, zwischen ihnen eine innere Verwandtschaft aufzufinden, welche diese Eigenart erklärt. Die Erklärung liegt vielmehr darin, dass sie die Verträge des täglichen Verkehrs sind. Wenn Goldschmidt in seiner Universalgeschichte des Handelsrechts (S. 24) das *nexum* des altrömischen Rechtes als kühnste und weitgreifendste Schöpfung des Obligationenrechts, die *fiducia* als schneidiges Institut, das sich ganz besonders für den grossen Kreditverkehr eigne, das *jus civile* als im Interesse der Verkehrssicherheit auf einer gewissermassen abstrakten *bona fide* ruhend bezeichnet, so ist dies eine Verwechslung des Wesens dieser Institute mit ihrer zufälligen Brauchbarkeit in einem anderen System. Sie sind aus der Armut und Einfachheit des alten Rechts entstanden. Die agrarische Epoche, welche Verkehrsakte wenig brauchte, hatte eine Anzahl scharf gezeichneter Formen gebildet; ohne gesetzliche Form kein Kontrakt. Als der Verkehr rege wurde, genügten die alten Formen nicht. Es war z. B. keine Vertretung, keine Verpfändung möglich. Anfangs wurde die censorische Gewalt zu Hilfe genommen. Man vertraute dem Andern, und wer das Vertrauen täuschte, wurde infamirt (die fiduciarischen Geschäfte). Aber allmälig — es ist bezeichnend, dass keine genaue Zeit hiefür angegeben werden kann — wurden die typischen Geschäfte des täglichen Verkehrs formlos *(nudo consensu)* abgemacht und so anerkannt. Dass die Vierzahl bis zum Abschluss des römischen Rechtes blieb, beweist, dass Rom auch in der Zeit seiner Weltherrschaft die Epoche des kleinen Verkehrs nicht überschritt, weil seine Geringschätzung von Arbeit und Handel den Fortschritt hinderte. Damit hingen viele einzelne Bestimmungen über Inhalt, Entstehung und Erfüllung der Verträge zusammen, welche nach Ausbildung des modernen grossen Verkehrs, vornemlich durch das Handelsrecht

überwunden, von den gemeinrechtlichen Juristen aber noch immer als logisch notwendig betrachtet wurden, z. B. der Mangel der unmittelbaren Stellvertretung, die Unübertragbarkeit der Forderung, die Unstatthaftigkeit vom Vertrage abzugehen, u. a.

Auch eine andere Erfarung ist bemerkenswert. Der Einfluss, den das römische Recht als *ratio scripta* nimmt, bezieht sich vornemlich auf das Obligationenrecht. Warum? Nicht weil es römisch, sondern weil es nicht-römisch, weil es durch das nationale Gesetz, das aus der agrarischen Epoche stammte und die Obligation vernachlässigte, wenig beengt war, und sich deshalb frei, anational, aus dem klaren, mit dem Denken des Volkes vertrauten Geist der römischen Juristen entwickelte. Derjenige Teil des römischen Rechtes, der national-römisch und nicht schon in Rom zersetzt worden ist, das Familien-, das alte Sachen- und Erbrecht, wird nicht als geeignete Grundlage für Rechte anderer Völker und Zeiten betrachtet.

Den grossen Verkehr unserer Zeit bezeichnet die Schaffung der Ordre- und Inhaberpapiere, das internationale Privatrecht, der ausgedehnte Schutz Dritter und das Gewicht, welches auf Treu und Glauben gelegt wird. Der Weltverkehr gestattet die genaue Prüfung nicht, welche im nachbarlichen Verkehr verlangt werden kann; ein Mittelmass der Sorgfalt muss genügen. Wer eine Sache im grossen Verkehr erworben hat, muss gegen frühere Ansprüche geschützt sein, sonst ist der Verkehr unmöglich.

Ein Ausdruck der mit der Maschine verbundenen Grossindustrie ist die Entwicklung der modernen Gesellschafts- und Arbeitsverträge. Grosse Unternehmungen verlangen die Beihilfe Anderer, sei es als Mitherren oder als Gehilfen. Dabei tritt die Arbeitstüchtigkeit in Wert. Denn der Unternehmer ist im Wesen nicht Kapitalist, sondern hat zwischen dem Kapitalisten und dem unmittelbaren Arbeiter dieselbe Zwischenstellung, wie der Pächter zwischen dem Grundherrn und Arbeiter. Er ist der spekulative Arbeiter, nicht blos durch die Leitung, sondern schon durch den Beginn des Unternehmens. Sein Unrecht bei der heutigen Verteilung des Erlöses besteht nicht darin, dass er sich einen Teil nimmt, sondern nur dass er zu viel nimmt. Die im Handelsrecht aufgenommene Bestimmung (Art. 109), dass Gewinn und Verlust zwischen offenen Handelsgesellschaftern regelmässig nicht nach

Einlagen, sondern entsprechend ihrer gleichen Arbeitspflicht gleich geteilt werde, ist aus dieser Auffassung des Unternehmers entstanden; sie ist eine Anerkennung des Arbeitsrechtes. Gegenüber der Einförmigkeit des römischen Lohnvertrags, welcher mit liberalem Dienst (Verwahrung, Mandat) als unvereinbar gehalten wurde, weil ein freier Mann sich nicht zalen lasse — wird die Lohnarbeit schon im Mittelalter in den Städten ehrbar und die moderne Arbeitsteilung hat verschiedene Formen spezieller Arbeitsverträge über Kommission, Spedition, Agentur, Transport u. a. geschaffen. Es beginnt ein Schutz geistiger Arbeit, sowie Schutz des Namens (Firma, Marke), der sie deckt. Auch der unselbstständige Mitarbeiter hat an Wert und Kraft gewonnen; das Handelsrecht hat für die deutsche Wissenschaft den Gehilfenvertrag wieder in das Privatrecht aufgenommen und ein allgemeines Lohnrecht wird angebahnt.

Der Beginn der industriellen Epoche wird regelmässig durch den Kaufmann beherrscht; ein Zeichen hiefür sind Ausnamsrechte des Kaufmanns und eine dem kaufmännischen Denken angepasste Regelung der vertragsmässigen Ansprüche. Rom hatte nur wenige Ausnamsrechte für Geldwechsler, die mittelalterlichen Städte aber erwarben zahlreiche Privilegien und im Handelsrecht bindet Art. 277 — nicht ohne Härte — auch den Nichtkaufmann an die Vorschriften der Art. 281, 283, 284, 286, 347—349, 375, 376, 408 u. a.

Die industrielle Epoche zeigt sich auch bei den Obligationen, welche nicht auf Verträgen beruhen. Das römische Recht ist bei wenigen Formen stille gestanden; heute spriessen Forderungen aus dem Gesetz *(ex lege)* allerwärts hervor. Sie bezeichnen nichts Anderes, als dass das Obligationenrecht seine zu enge Hülle zersprengt. Das Gesetz ist bei positivem Recht immer der Grund des Anspruchs; aber es ist nicht der Entstehungs-, sondern der Rechtsgrund. „Aus dem Gesetz" bedeutet daher, was die Römer mit *quasi* ausdrückten: dass der Entstehungsgrund sich nicht in die Formel „Vertrag" oder „Delikt" einreihen lässt. Die modernen *actiones ex lege* beruhen fast alle auf dem Schutz von Treu und Glauben im Verkehr.

Das Eigentum im engeren Sinn als rechtliches Haben körperlicher Sachen ist der oberste Grundsatz des Sachenrechtes. Wir können hier noch mehr als im Obligationenrecht den

sozialen Kampf, welcher die Entwicklung des Privatrechtes begleitet, verfolgen. Denn das alte Recht gibt uns mancherlei Belege für den Uebergang aus der nomadischen in die agrarische Zeit, und heute sind wir in dem Uebergang von der agrarischen in die industrielle Zeit begriffen; Agrarier und Industrielle stehen einander als politische Parteien entgegen.

Der Kampf zeigt sich schon bei beweglichem Gut. Die agrarische Epoche hatte sich um die Fahrhabe mit Ausname von Hausrat wenig gekümmert. Nur das unbewegliche Gut war Erbe, über die Fahrhabe mochte jeder verfügen, wie er wollte. Im deutschen Recht hatte dies den Satz erzeugt, dass bei Fahrhabe der Besitz als Recht gelte *(possession vaut titre)* und dass, wer sie einem Andern vertraut, sich bei ihm seines Schadens erholen solle (Hand muss Hand wahren). In Rom dagegen wurde das Eigentum an Mobilien, weil man seine Eigenart nicht beachtete, der vollen Logik des Grundeigentums unterworfen, war einige Zeit lang unverjährbar wie dieses, und ergriff Zutaten (Schrift auf dem Papier, Malerei auf der Leinwand) wie dieses. Justinian hat hievon (§. 34 J. 2, 1) ohne leitenden Grundsatz eine Ausname zu Gunsten der Malerei geschaffen. Die gemeinrechtliche Doktrin betrachtete die römische Logik wie überall als naturnotwendig, bis mit der industriellen Epoche der Kampf begann, der Grundsatz des Treuewahrens aufgenommen, der Erwerb im Handelsverkehr (Art. 306 H.-G.) geschützt, die Arbeit mehr geachtet (§. 415 a. b. G. B.) wurde. (Eine Spitze gegen die besitzlose Klasse, wie Menger annimmt, hat Art. 306 H. G. nicht; auch nicht im Erfolg, da ihre Mitglieder weit seltener Sachen anvertrauen und betrogen werden, als sie beim kleinen Händler einkaufen und nach römischem Recht um Geld und Sache kommen würden.) Einen Beginn des Arbeitsrechtes bezeichnet in Rom der Kampf über die Folge der Spezifikation. Labeo versuchte dem Arbeiter mit Anlehnung an die gewonte Erwerbsform der Okkupation sein Produkt zu gewinnen: die Sache, die er geschaffen, sei neu und könne daher von ihm genommen werden. Die Mehrzahl der Juristen opponirte, weil die Arbeit nicht schaffe, sondern nur forme, und als Beweis, dass Rom für das Recht der Arbeit kein Verständniss hatte, siegte die alte Anschauung mit einer geringen durch das Interesse des Stoffeigentümers bestimmten Ausname. Nur

wenn ihm sein Stoff nicht unversehrt zurückgegeben werden konnte, trat Eigentumswechsel ein (§. 25 J. 2, 1). In der Neuzeit siegt allenthalben bei der Spezifikation das Produktionsprinzip.

Das Hauptgebiet des Kampfes ist das Grundeigentum. Wir stehen mitten im Kampf. Die Agrarier wollen den Grundverkehr immobilisiren; sie verfechten Anerbenrecht, Recht der Unteilbarkeit des Landguts, Rentengüter und Rentenobligationen. Die Industriellen betrachten das Gut als Werkstätte und Waare, vertreten daher Grundschuld, Herrschaft des Grundbuchs, volle Freiheit in der Verfügung über das Gut und seine Teile.

Das römische Eigentum ist in der agrarischen Periode entstanden, ist deshalb ablehnend gegen Gesammtgut (Almende u. dergl.) und gegen Beschränkungen (Servituten), und auch der schroffe Gegensatz des *jus civile* gegen den „Besitz", das Sachenrecht der nomadischen Epoche, mag daher stammen. Doch ist es ein Irrtum, wenn man Alt-Rom als den Sitz des jeder Rücksicht entbundenen Privateigentums auffasst, trotzdem die Macht des *paterfamilias* rechtlich unbeschränkt war. Der alte Römer war Kleinbesitzer, das ausgedehnte Land war *ager publicus*. Das Eigentum Alt-Roms war daher Bauerneigentum, und dieses hat seine gesunde Schranke in der wirtschaftlichen Lage und dem Bedarf des Eigentümers. Es ruht auf Rückenbesitz und eigener Arbeit, ist nicht ausgedehnt und erzeugt nützliche Frucht. Wirtschaftlich und sozial schädlich ist nur das Herreneigentum. Es ruht auf fremder Arbeit, braucht den Besitzer nicht, ist deshalb ohne Grenze ausdehnbar, und dient dem Luxus. Es ist auf Untertänigkeit gebaut, und erzeugt sie stets wieder. Der römische Eigentumsbegriff zeigte sich deshalb in Rom erst verderblich, als die Römer durch ihre Eroberungen Herren und Latifundienbesitzer wurden, und trat in voller Schroffheit in dem Kampf zwischen den feudalen Herren und ihren Bauern im Mittelalter hervor. Hier wurde er ausgebeutet, um das Land der Willkür der Herren auszuliefern, welche rücksichtslos, zu ihrem Nutzen oder Vergnügen, in Deutschland die Bauern legten, in England die Pächter austrieben.

Der gegenwärtige Kampf der sozialistischen Partei gegen das Privateigentum an Grund und Boden ist denn auch blos Kampf gegen das Herrentum. Es will auch nur ein Teil der

Reformer Gemeineigentum. In Amerika ist eine grosse Partei (die Individualisten), welche ein ausgebildetes Homesteadrecht, Sicherung von Bauerneigentum, Verhinderung von Herren- und Spekulanteneigentum verlangt. Gegen das Herrentum ist auch der Angriff der Arbeiterpartei auf das Kapital gerichtet. Nicht der rechtliche Besitz eines Werkzeugs, sondern der von der Arbeit getrennte, die Masse der Arbeiter an selbständiger Wirtschaft hindernde und monopolistisch ausbeutende Besitz ist das Angriffsobjekt. Das Produkt der Arbeit soll dem Arbeiter, nicht dem müssigen Besitzer des Arbeitsmittels gehören.

Ein Ausdruck dieser Anschauung liegt in der veränderten Behandlung des *bonae fidei possessor*. In Rom gehörten die Früchte dem Eigentümer; nur aus Schonung wurde der gutgläubige Besitzer der Pflicht entbunden, auch die verbrauchten Früchte zu ersetzen. Im neuen Recht wird er Eigentümer der Früchte, sobald sie abgesondert sind, und muss sie, auch wenn er sie noch nicht verbraucht hat, nicht zurückstellen. Sie sind das Produkt seiner Arbeit (§. 330, auch §. 418, Schlusssatz a. b. G. B.).

In weiterer Bedeutung, welche im deutschen Recht üblich war (Th. I, Tit. VIII, §. 1 pr. Landrecht, §§. 353 u. 354 a. b. G. B. und Protokolle hiezu I, S. 243), umfasst das Eigentum alles subjektive Privatrecht. Die Forderung, die Erfindung, die Marke sind ebenso Eigentum, wie das Landgut. Was Jemand schuldet, ist des Andern Eigen, fremdes Geld *(aes alienum)*, wie schon die Römer sagten. Auch Besitz wird in ähnlich allgemeinerer Bedeutung (= Vermögen) gebraucht. Wer von besitzenden Klassen spricht, denkt an vermögende. Besitz und Besitzlosigkeit ist Reichtum und Armut. Der Kampf gegen das Privateigentum, der heute Losung der extremen sozialistischen Partei ist, betrifft alles wirtschaftliche Alleinhaben des Einzelnen und ist gegen Gläubiger ebenso gerichtet, wie gegen Land- und Geldbesitzer. Das Problem der Regelung dieses Eigentums ist die soziale Frage.

Die Erkenntniss des sozialen Charakters des Privatrechtes hat selbst eine grosse soziale Bedeutung. Das Recht als Ordnung der Gesellschaft muss sich der Gesellschaft anschliessen. Wenn sich diese real verändert hat, so muss es sich mitverändern. Darin liegt seine wirkliche „historische“ Natur; wer der Gegenwart gerecht wird, handelt auch historisch richtig. Die

gesellschaftliche Schichtung ist bei uns teils durch die Fabriksindustrie und den Weltverkehr, teils dadurch, dass die im Mittelalter rechtlose, sozial nicht bestehende grosse Volksmasse in die Gesellschaft eingetreten ist, von Grund aus verschoben worden. Die Industrie verlangt ein industrielles Recht, das der Arbeit und dem Verkehr die Werte, welche sie schaffen, zu Eigen gibt. Der Eintritt der Volksmasse aber verlangt eine Demokratisirung des Rechtes. Es muss für die neuen Bürger Raum geschaffen, das Recht muss derart gestaltet werden, dass auch sie sich als Mitglieder der Gesellschaft empfinden. Würden die politischen Herren am Ende des vorigen Jahrhunderts dies zur rechten Zeit erkannt haben, vielleicht wäre die Revolution vermieden worden, sowie der Ausbruch des Jahres 1848 zweifellos nur der Hartnäckigkeit zuzuschreiben ist, mit der man jeden Verzicht auf die alten Vorrechte von sich wies. Dies müssen die wirtschaftlichen Herren der Gegenwart beachten. Auf wolerworbenes Recht kann man sich nicht berufen, wenn der rechtlose Teil nicht gefragt wurde, und selbst ein Verzicht, wenn er überhaupt rechtsgiltig geleistet werden könnte (auf sein Menschentum kann man nicht verzichten), würde doch nicht für nachkommende Geschlechter gelten. Wenn die europäischen Mächte sich in Afrika teilen, wird man den Afrikanern gegenüber dereinst wolerworbene Rechte hieraus ableiten können? Auch das Volk, das in Europa hörig gemacht wurde, ist bei der Zuteilung der Ländereien nicht gefragt worden. Was es verlangt, ist billig. Die Armen sind Menschen und haben Menschenrecht; ihre Arbeit hat aber auch allen Reichtum geschaffen, welchen die Herren derzeit ihr Recht nennen. Wenn dies von der einen Seite, von der anderen die Notwendigkeit erkannt wird, auf die Lebensgewonheiten, die mit bestehenden Zuständen verwachsen sind, Rücksicht zu nehmen; wenn die heutige Ordnung mit angemessenen Uebergängen langsam und stetig zu einer Ordnung hingeleitet wird, welche auf Menschentum und Arbeit ruht, so wird der soziale Kampf der Gegenwart in Frieden und Freiheit beendigt werden.

III. Sozialistische Grundsätze des Vermögensrechtes.

Man spricht und schreibt manchmal von einem sozialistischen Staat als einem Gebilde, in welchem die Menschen in geschlossener Organisation einträchtig produziren und das Produkt einträchtig mit einander geniessen, in welchem durch die grosse Kraftersparniss, die mit der Einheit verbunden ist, nur die Arbeitskräftigen mässig angestrengt sind, um Alle ausreichend zu versorgen, in welchem daher Alle frei, menschenwürdig und glücklich leben.

Das ist — wie jeder nüchterne Beurteiler erkennen muss — ein Idealbild, das nur an das Ende menschlichen Strebens gesetzt werden kann. Es ist die Hoffnung der Enterbten der Gesellschaft, es ist ein anschauliches Gegenbild, an dem wir die Schwächen unserer heutigen Wirtschaftsordnung ersehen können, aber es ist keine Wirklichkeit. Wirklich ist dagegen die sozialistische Bewegung.

Ungefär am Ende des vorigen Jahrhunderts sind zwei Ereignisse zusammengetroffen, welche eine Umwälzung in den sozialen Verhältnissen der Kulturstaaten herbeiführen: die Erfindung der Dampfmaschine und die Befreiung der Bauern. Die Maschine hat der bisher und noch bei uns herrschenden grundherrlichen Gesellschaft eine industrielle, die Bauernbefreiung hat ihr eine demokratische Ordnung entgegengestellt. Das Zusammentreffen der beiden Ereignisse war zufällig, ihre Folgen sind auch derzeit genau zu scheiden; in der Folge sind sie aber in Wechselwirkung getreten, besonders weil die Maschinenindustrie Arbeit gab und der wirtschaftlich aufstrebende Teil des

Volks sich in den Fabriken zusammenfand. Die Demokratie erhielt dadurch einen industriellen Charakter und diese Besonderheit unterscheidet sie wesentlich von den rein politischen Demokratien des Altertums, welche die damaligen Arbeiter, die Sklaven, von der Gemeinschaft ausschlossen, arbeitsfeind und daher wirtschaftlich aristokratisch waren. Jede Gesellschaft schafft sich ihr Recht; an die neue Gesellschaftsbildung knüpft sich die Bildung eines neuen Rechts, das, seinem Ursprung entsprechend, industriell und demokratisch ist.

Die Erkenntniss, dass die beiden treibenden Momente in der modernen Gesellschaftsbildung: Industrie und Demokratie von einander unabhängig sind, erklärt die vier Parteien, in welche sich die heutige Gesellschaft teilt: die ständisch-(reaktionär-)aristokratische und -demokratische, die industriell-(fortschrittlich-)aristokratische und -demokratische Partei (Konservative, Antisemiten, Liberale, Sozialisten). Die industriell-aristokratische Partei heisst heute die liberale.

Eine Reihe wirtschaftlicher, politischer und sozialer Gründe hat nämlich dazu geführt, dass die grossen Vorteile der Maschinenindustrie sich in Weniger Händen konzentrirten. Einer dieser Gründe war die Lage der Bauern im Mittelalter, welche den Arbeitsvertrag noch weiterhin beeinflusste; die Arbeiter wurden als Knechte angesehen und entlohnt, und die Erinnerung an ihre Vergangenheit liess sie Alles ertragen. Die Folge der Konzentration war ein neuer Reichtum, eine neue Aristokratie; die bürgerlichen Industriellen vergassen ihren Ursprung und wurden wirtschaftliche Herren. Die englischen Fabrikanten wehrten sich gegen jede Arbeitsordnung und Fabriksinspektion und profezeiten den Untergang der englischen Industrie, wenn man ihnen die Arbeiter nicht ausliefere. Die französische Bourgeoisie war selbst 1848 bemüht, den Gedanken der Arbeiterwerkstätten (L. Blanc) durch unrechte Ausführung zu ersticken. In Deutschland fand Lassalle, dessen Ideen, soweit er die sofortige praktische Ausführung verlangte, gemässigt waren, an den Gelehrten der liberalen Partei erbitterte Gegnerschaft, und hatte der Kanzler bei seinen sozialpolitischen Reformen den schärfsten Widerstand der Freisinnigen zu überwinden. In Oesterreich steht die liberale Partei den Arbeitern wol nicht feindlich gegenüber, aber kühl bis an's Herz hinan, so dass auch hier der Beginn der Reform teilweise von

einem Beamtenministerium ausging. Es zeigt sich der alte Erfarungssatz, dass Grundsätze gegen Interessen nicht Stand halten. Im liberalen Lager ist die Klasse der reichen Unternehmer stark vertreten und die Vorteile, die ihr durch Belassung der althergebrachten wirtschaftlichen Zustände entstehen, sind verlockend genug. Die Idee der Gleichheit, welche im Liberalismus gelegen ist, muss diesen Bann erst durchbrechen und auch das wirtschaftliche Gebiet erobern.

Wer sich den Blick durch die Leidenschaft der Parteien und Parteimänner nicht trüben lässt, erkennt die Freiheitsbewegung seit dem Ende des vorigen Jahrhunderts als eine zusammenhängende Kette, als den Kampf des in der mittelalterlichen Gesellschaft rechtlosen Volkes um sein Recht, als Kampf gegen das Herrentum. Man verstand 1789 unter dem dritten Stand nicht einen Mittelstand, dem ein weiterer vierter Stand folge. Der dritte Stand war Alles, weil er Alle umfasste. Dies gilt auch heute noch und der Begriff des vierten Standes ist irreführend. Nicht vier Stände stehen einander gegenüber, sondern (wenn man vom Klerus absieht, der nicht zum Volk gehört) je zwei Stände, Aristokraten und Demokraten. in zweifacher Beziehung, politischer und wirtschaftlicher.

Die liberale Bewegung der Jahre 1789 und 1848 und die heutige sozialistische Bewegung unterscheiden sich wesentlich nur darin, dass der erste Angriff die gesetzlich fixirten besonderen Herrenrechte, insbesondere die politischen Rechte betraf, während sich der heutige gegen die Rechte wendet, die sich aus der sozialen Machtstellung unter Duldung des Gesetzes und durch sie von selbst entwickeln. Als Beispiel für die Folgen einer solchen Macht mag auf die gefärliche Erscheinung hingewiesen werden, dass heute eine neue Steuerfreiheit der reichsten Bevölkerungsklasse. ähnlich der des Adels im Mittelalter beginnt, die der Staatsgläubiger. Man sucht sie dadurch zu rechtfertigen, dass sie auf einem ordnungsmässigen Vertrag mit der Staatsgewalt beruhe, und dass der Staat ohne diese Bedingung eine geringere Valuta erhalten würde. Aber der Adel des 18. Jahrhunderts konnte in gleicher Weise auf Verträge und auf Dienste, für welche er sich die Steuerfreiheit bedungen hatte, hinweisen und auch Shylock hatte seinen Schein. Das Fehlerhafte liegt bei allen diesen

Abmachungen in ihrer grundsätzlichen Ungerechtigkeit. Die Ausname der reichsten Volksklasse von den gemeinsamen Lasten widerspricht der gesellschaftlichen Idee, und wenn das Unrecht, das hierin liegt, nicht von den Vertragsteilen freiwillig aufgelassen wird, so wird die Logik der gesellschaftlichen Idee die neue Steuerfreiheit ebenso zerstören, wie vor hundert Jahren die des Adels; die Vergangenheit weist die Zukunft.

Der Freiheitskampf auf dem europäischen Kontinent ist von der Idee der menschlichen Gesellschaft geleitet (sozialistisch). Die Idee wurde von Grotius bis Rousseau in die Form gekleidet, dass die Menschen einen Gesellschaftsvertrag schliessen. Das ist jedoch nur ein Bild. Die Menschen werden durch die Bedingungen für ihre Existenz und namentlich für die Entwicklung ihrer grossen Waffe im Daseinskampf, des Geistes, an das Leben mit einander gewiesen; sie können nur in Gemeinschaft mit einander Menschen werden und bleiben. Die Ordnung dieser Gemeinschaft entsteht und entwickelt sich unter dem Druck der konkreten Verhältnisse, durch die Logik der Geschichte. Geht man davon aus, dass die Menschen gleich sind, nicht gleich in jeder Eigenschaft, aber in der Entwicklungsfähigkeit der Art, so kann der Bestimmung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten, wenn man unter den bestehenden Rechtsinstituten wählen soll, nur das Institut der Gesellschaft zu Grunde gelegt werden. Aber sie schliessen keinen Vertrag dieses Inhaltes. Es ist nur nach einer Ausdrucksweise, welche unter den Juristen üblich ist, so anzusehen, „als ob sie einen Gesellschaftsvertrag geschlossen hätten“.

Im Altertum hatte man in ähnlicher Weise die Familie als Vorbild genommen und gesagt, die Menschen bilden eine Familie, sie seien Brüder, wobei nicht sowol an den Ursprung von einem Elternpaar gedacht, als verlangt wurde, dass die Menschen sich gegen einander verhalten sollen, wie es Brüder tun. Dennoch hat die Wahl des Vorbildes einen geschichtlichen Grund. Die Familie war die erste soziale Vereinigung und der Gentil- und Patriarchalstaat, wie er im Altertum allenthalben bestand, ist nach dem Muster der Familie geordnet. Die Theorie vom Gesellschaftsvertrag ruht geschichtlich auf den Verfassungen des Mittelalters. Sie waren Verträge zwischen dem König und den Ständen und wurden bei jeder Wahl eines Königs förmlich

erneuert; der König leistete seinen Treueeid, bevor er gekrönt wurde. Auch die Konstitutionen unserer Zeit haben diesen Vertragscharakter und die Vereinigten Staaten Amerikas sind bekanntlich durch einen regelrechten Gesellschaftsvertrag gegründet worden.

Die Folgen einer Idee werden im Leben nie in reiner Konsequenz gezogen. Wie der Kampf um die Freiheit durch den Druck der herrschenden Klasse hervorgerufen wurde, so richtete er sich gegen diesen Druck und seine Ursachen. Auch Rousseau, trotzdem er in seinem ersten grossen Werk die Ungleichheit der Menschen auf das Privateigentum zurückführte, und also sozialistisch im heutigen (wirtschaftlichen) Sinn dachte, zog in seinem *contrat social* die Konsequenz der gesellschaftlichen Idee nur für das Wesen und die Verwaltung des Staats; und ebenso wurde im französischen Convent wol das *droit de vivre* anerkannt, aber es fehlte die rücksichtslose Kraft, mit welcher man die Vorrechte der ersten Stände und deren besondere Eigentumsaufhäufungen zerstörte, weil die Empfindung des Druckes fehlte.

Die sozialen Konsequenzen der gesellschaftlichen Idee ähneln denen des Christentums in seiner ersten Gestaltung. Nur ist die Idee nicht religiös-moralisch, sondern juristisch. Sie baut nicht auf das Wohlwollen der Einzelnen, sondern verlangt die ihr entsprechende Organisation. Sie verlangt die Anerkennung der Menschen als freier und gleicher Genossen zur Grundlage der gesellschaftlichen Normen und Einrichtungen: die universelle Demokratie.

Bei jeder Gesellschaft sind namentlich drei Punkte zu normiren:

1. die Entstehung und Endigung der Mitgliedschaft;
2. die Verwaltung und
3. die Verteilung von Lasten und Vorteilen.

Die Art und Weise, in welcher diese Punkte geregelt sind, charakterisirt die Gesellschaft. Da nur der letzte Punkt das Vermögensrecht betrifft, so soll der Einfluss der Demokratie auf die beiden ersten nur kurz berührt werden.

Die Demokratisirung der Mitgliedschaft enthält die Aufhebung aller Unterschiede nach Stamm, Religion, Geschlecht,

Race u. a. und steht insbesondere auch im Gegensatz zu unserer heutigen Staatsidee.

Der sozialistischen Partei wird häufig der Vorwurf gemacht, dass sie den Staat negire und ihn doch anstrebe. Wäre die beliebte Gegenstellung von freier Gesellschaft und Staat richtig, und jede mit Zwangsgewalt organisirte Gesellschaft unser Staat, so bestände auch der Widerspruch. Zur Erhaltung einer Organisation von Millionen Menschen ist zweifellos eine Zwangsgewalt nötig. Die Anname, dass sich Alles von selbst regle, ist kindisch; jede Anarchie endigt in Despotismus. Die Voraussetzung trifft aber nicht zu. Unser Staat hat gewisse spezifische Kennzeichen; wenn diese fehlen, ist die Organisation kein Staat in unserem Sinn. Um sie zu erkennen, braucht man nur das Verhältniss unserer Staaten und das Verhältniss von Provinzen desselben Staates zu einander zu vergleichen und ihre Unterschiede festzustellen.

Unser Staat ist ein selbständiges abgesondertes Individuum mit Stimmungen, Neigungen und Leidenschaften, welche in Wirklichkeit die Stimmungen, Neigungen und Leidenschaften der leitenden Kreise sind. Unsere Staaten lieben und hassen einander, sind befreundet oder verfeindet, herrschen und dienen, wollen unterwerfen oder sich befreien, wollen einander Teile des Landes entreissen, sind auf einander eifersüchtig, misstrauisch, rachsüchtig u. a. Diese feindseligen Empfindungen sind die Ursachen der Kriege, der Zollschranken, der Anfeindung, Unterdrückung und Austreibung von Angehörigen anderer Staaten und all ihres Jammers und Elends. Zwischen Provinzen desselben Staates sind Kriege, Zölle, Austreibungen nicht möglich. Der Unterschied zwischen Staat und Provinz besteht aber nicht darin, dass der eine mit Zwangsgewalt organisirt ist, die andere nicht, sondern dass unser Staat ein nationales Gebilde ist, die Provinz ein administratives. Dem Staat ist der andere Staat ein Fremder; bei der Einteilung der Provinzen ist man sich der Zusammengehörigkeit, der trotz der Abteilung verbleibenden Einheit bewusst; man teilt nur um der Verwaltung willen. Der Nationalismus aber (der mit dem Kapitalismus nichts gemein hat, wenn er sich auch zeitweilig mit ihm verbündet und ebenso Arbeiterschlachten herbeiführt, wie Zollkriege) gehört zu den grossen Feinden des Menschengeschlechtes

in der Zukunft. Seinen Einfluss haben vor Kurzem die Massenausweisungen aus Deutschland und Frankreich gezeigt, zeigen die Unterdrückungen Andersnationaler in Russland. Ebenso liefert Oesterreich manches traurige Bild, dass alle Vorteile einer grossen administrativen Einheit verloren gehen, wenn nationale Strömungen die Provinzen in Staaten verwandeln.

Hier also liegt der Kern des Widerstandes der modernen Demokratie gegen den Staat, er richtet sich gegen einen nationalen, anderen Nationen fremd oder feindselig gegenüberstehenden Organismus. Die Demokratie strebt nach Weltrecht und Weltfrieden, sie verlangt den Verwaltungsstaat und internationales Schiedsgericht.

Der zweite Punkt, auf welchen sich die Regelung zu beziehen hat, ist die Verwaltung (Regierung).

Die Demokratisirung besteht hier wesentlich in der Anerkennung der Volkssuveränität gegenüber dem ständischen Prinzip, welches die Regierung bestimmten Personen und Klassen von Gotteswegen zugewiesen hatte. Nach gesellschaftlicher Idee kann die regelmässige Geschäftsführung (Executive) wol Einzelnen überlassen werden, aber sie sind verantwortlich und ihre Macht erstreckt sich nicht auf aussergewöhnliche Massregeln.

Vorzugsweise im Kampf um die Regierung ist der Begriff von sozialen Grundgesetzen und Grundrechten gewonnen worden. Beide entsprechen einander wie objektives und subjektives Recht.

Der Begriff „Grundgesetz“ wird in einem theoretischen (juristischen) und in einem praktischen (staatsrechtlichen) Sinn genommen. Theoretisch bedeutet er die elementaren Grundsätze, auf die sich alle Ansprüche, Normen und Einrichtungen einer Rechtsordnung in letzter Reihe als Ausgangspunkte zurückführen lassen, deren Anwendung und Konsequenzen sie sind. Das Grundgesetz in diesem Sinn ähnelt dem Naturgesetz, welches gleichfalls eine elementare Beziehung zwischen Naturerscheinungen ausdrückt. Doch spricht es keine bestehende (seiende), sondern eine gewollte (sein sollende) Beziehung aus; es ist der Ausdruck eines Strebens, einer leitenden, treibenden Idee. Es tritt überall ein, wo der soziale Faktor, auf den es sich bezieht, rechtlich vorhanden ist; je kräftiger dieser,

Faktor ist, desto mehr bestimmt es Rechte und Pflichten. So z. B. ist das Recht der Existenz (oder auf Existenz, d. h. auf deren Schutz) in gewisser Art in jedem Rechtssystem vorhanden, weil überall Menschen die Rechtssubjekte sind. Werden aber nur Bürger, oder nur Freie als Subjekte anerkannt, so beschränkt sich das Existenzrecht auf sie. In Rom war deshalb die Tödtung eines Sklaven nur aus demselben Grund und mit derselben Folge, wie die Tödtung eines Thieres verboten. Sie war Sachbeschädigung und musste dem Eigentümer gesühnt werden; der Sklave war juristisch kein Mensch. Als die Sklaven in der späteren Zeit den reich und üppig gewordenen Römern unentbehrlich, auch durch ihre Masse sozial stärker geworden waren, zeigte sich dies in einer gewissen, wenn auch nicht juristisch geformten Anerkennung ihres Existenzrechtes und in der Periode der christlichen Kaiser wurde ihr Leben und Familienwesen auch gesetzlich geschützt *(c. un. C. 9, 14; c. 11, C. 3, 38)*.

Der Kampf einer Volksklasse um Freiheit oder Herrschaft findet deshalb oft seinen Ausdruck in der Aufstellung eines Grundrechtes und jede Gesellschaftsordnung hat ihre besonderen, allein oder vorzugsweise herrschenden Grundrechte, d. h. Leitideen der Rechtsordnung. Die Grundrechte wechseln daher auch mit der Gesellschaftsordnung; sie sind historische Kategorien (Marx).

Das moderne Grundrecht der Existenz (für Alle) entspricht z. B. der Anerkennung aller Menschen als Rechtsgenossen. Wenn man auch heute vorzugsweise wirtschaftliche Folgen aus ihm ableitet und es speziell als Anspruch auf sozialen Schutz gegen Hunger und Not auffasst, so ist dies nicht sein alleiniger Inhalt. Es erstreckt sich auf das ganze Lebensgebiet; und selbst in dem speziellen Verhältniss zwischen Armen und Reichen spielt die Ehre des Armen eine zu wenig beachtete Rolle.

Das Grundgesetz im praktischen oder staatsrechtlichen Sinn ist mit dem Verfassungswesen verknüpft. Es bezeichnet ein besonders hochgehaltenes und deshalb der Abänderung durch die normale Gesetzgebung entzogenes Recht. Rechte und Rechtseinrichtungen dieser Art sind in den Verfassungsurkunden (Staatsgrundgesetzen) des einzelnen Staates verzeichnet und Grundrecht in staatsrechtlichem Sinn ist ein durch ein Staatsgrundgesetz

eingeräumtes subjektives Recht. Tatsächliche, in der Verfassung des Staates begründete unantastbare Rechte finden wir allerdings auch schon früher, z. B. in den Vorrechten des römischen Bürgers, auf die Paulus sich berufen konnte. Mit dem Grundrecht in juristischer Bedeutung ist das staatsrechtliche dadurch verwandt, dass regelmässig juristische Grundrechte, jedoch stets in der Art und dem Umfang, welche man der konkret bestehenden Gesellschaftsform entsprechend findet, in die Staatsgrundgesetze aufgenommen sind. Denn das Staatsgrundgesetz ist Norm und soll gelten. Es entspricht seinem Charakter nicht, dass in Form eines Grundrechts blosse Wünsche ausgesprochen werden, und wenn sich solche auch in manchem Staatsgrundgesetze finden, so dürfen sie nie ohne Not angenommen, das Staatsgrundgesetz muss vielmehr, soweit es möglich ist, ausgeführt werden.

Ein ähnlicher Unterschied, wie hier zwischen den Grundrechten, wird auch zwischen Gesetz in wissenschaftlichem (juristischem) und praktischem (staatsrechtlichem) Sinn gemacht. Das erste wird durch seinen Inhalt, das andere durch seine Entstehungsform gekennzeichnet. Das juristische Gesetz kann deshalb auch im Verordnungswege erlassen werden, das staatsrechtliche kann die Verwaltungsrechnung (Budget) für ein einzelnes Jahr enthalten.

Von besonderer Wichtigkeit sind die Grundrechte, welche den Wirkungskreis jedes Einzelnen und damit das Mass der Freiheit im Staate ausdrücken. Man nennt in der Theorie die Rechte, welche in einer Gesellschaft irgend welcher Art jedem Gesellschafter eingeräumt und der Majorisirung entzogen sind, Individualrechte, und teilt dieselben in zwei Klassen, deren erste man Genossenrechte, die zweite Sonderrechte des Gesellschafters nennen kann. Die letzteren bezeichnen ein Rechtsgebiet des Individuums, welches von der gesellschaftlichen Organisation ausgenommen ist, ein Eigengut, ein unverletzbares rechtliches Heim des Gesellschafters; die Genossenrechte stehen ihm in dem Organismus zu und kennzeichnen ihn als Mitherrn. Betrachten wir z. B. das Normalstatut, welches im Handelsgesetz (Art. 91 ff.) für die offene Handelsgesellschaft aufgestellt ist, so bezeichnet Art. 92, wornach der Gesellschafter nicht verpflichtet ist, die durch Verlust vermin-

derte Einlage zu ersetzen, ein Sonderrecht. Sein Vermögen mit Ausname der Einlage ist den Verfügungen der Gesellschaft entzogen; er kann durch keine Majorität zu einer neuen Einlage verhalten werden. Dagegen enthält Art. 102 H. G., welcher die Gesellschafter gleichmässig zum Betriebe der Geschäfte der Gesellschaft berechtigt, ebenso Art. 105 oder Art. 109 ein Genossenrecht.

In der menschlichen Gesellschaft können Sonderrechte der Einzelnen nur in einem eingeschränkten Sinn angenommen werden. Die Gesellschaft umfasst den Menschen ganz und gar; ein Gebiet, welches ihr entzogen, in welchem der Einzelne gesellschaftslos wäre, ist ausgeschlossen. Die Sonderrechte richten sich hier nur gegen die organisirte Gesellschaft, die Staatsgewalt. Sie bezeichnen das Mass der individuellen Freiheit, welches dem Einzelnen in der Gesellschaftsordnung eingeräumt ist; die Genossenrechte bezeichnen das Mass der bürgerlichen Freiheit, den Grad der Demokratie. Absolutistische oder aristokratische Regierungen gewären deshalb weit' leichter Sonderrechte, als allgemeine Genossenrechte. Von den Vorkämpfern der Aufklärungsperiode hat Voltaire für die ersteren, Rousseau für die zweiten gekämpft, weshalb er auch verhasster ist. Der Gegensatz zwischen beiden Arten ist grundsätzlich bedeutend, im Einzelnen begegnen sie sich. Das Hausrecht ist zweifellos ein Sonderrecht der Bürger, das Wahlrecht ebenso zweifellos ein Genossenrecht. Das Vereins- und Versammlungsrecht aber könnte seiner Form nach zu den Sonderrechten gezält werden, weil es ausserhalb der unmittelbaren staatlichen Organisation steht; durch den realen Einfluss grösserer Vereinigungen aber ist es stets Untertanen versagt worden und bildet einen zuverlässigen Messer für die Demokratisirung der Organisation. In den Verfassungen (z. B. im österr. Gesetze vom 21. Dezember 1867, Z. 142 R. G. Bl.) werden oft nur die Sonderrechte als Grundrechte oder allgemeine Rechte der Staatsbürger genannt.

Ihrem Inhalte nach sind die Grundrechte persönlicher (z. B. Hausrecht), politischer (z. B. Versammlungsrecht), wirtschaftlicher, wissenschaftlicher Natur u. a. Es ist das wesentliche Kennzeichen der heutigen sozialistischen Bewegung, dass sie, während man bisher lediglich die mittelalterlichen Steuerfrei-

heiten und Vermögensanhäufungen bekämpfte, positiv aber nur persönliche und politische Freiheit anstrebte, die wirtschaftliche Freiheit in den Vordergrund stellt. Sie verlangt die Demokratisirung der Verteilung, oder juristisch ausgedrückt, des Vermögensrechtes. Denn das Recht ist nicht, wie man es häufig auffasst, eine Anzal einzelner loser Rechtssätze, sondern der Ausdruck einer Organisation. Wer das Privatrecht eines Landes erkennen will, muss sich aus den einzelnen Rechtssätzen mit Hilfe konstruktiver Phantasie die Art des Miteinanderlebens und Miteinanderarbeitens, des Verkehrs, der Bildung und Veränderung von Familien und Vermögen vorstellen, welche unter der Herrschaft dieser Rechtssätze vor sich geht. Die Phantasie wird überhaupt in der Wissenschaft zu gering geschätzt. Man kann ohne sie Material aufhäufen, aber nicht schaffen. Auch wer aus einem Gesetzbuch das Recht des Landes erkennen will, muss rekonstruktive Phantasie haben, sowie der Leser eines Dramas sich aus den Worten die Charaktere und Situationen, welche der Dichter schaffen wollte, herausbilden muss.

In den Verfassungen unserer Zeit ist regelmässig nur ein wirtschaftliches Sonderrecht enthalten, der Schutz des Eigentums gegen Willkürakte der Regierung. Hier wirkte die Erinnerung an die Kabinetsjustiz. Eine Demokratisirung der Verteilung dagegen und eine Konstituirung hiemit verbundener wirtschaftlicher Grundrechte (in staatsrechtlichem Sinn) ist noch nicht begonnen.

Wir sind damit bei dem dritten Punkt angelangt, auf welchen sich jedes Gesellschaftsstatut beziehen muss — bei der Verteilung der Vorteile und Lasten.

Unser heutiges Vermögensrecht ist aus der Wirtschaftsordnung der Römer, d. h. eines Volkes entstanden, bei dem die Edlen kämpften und mit Hilfe von Sklaven Land bebauten. Handwerk und Handel waren geringgeschätzt, Arbeit gegen Entgelt unwürdig, schwere Arbeit sklavisch. Aus dieser Lebens- und Anschauungsweise entstanden die obersten Grundsätze des römischen Vermögensrechtes. Es war kriegerisch, agrarisch und herrisch. Grundlage des Erwerbs waren Eroberung und Grundeigentum. Das Grundeigentum ergriff die Frucht, mochte sie von wem immer gepflanzt und das Haus, mochte es von wem immer gebaut sein. Die Arbeit war nicht geschützt; auch die der Freien

hatte nur das Recht, das ihr durch Vertrag gewärt wurde, und das Gesetz kümmerte sich um diesen Vertrag nicht. Während z. B. bei Nutzniessung und Pacht vorgesorgt war, dass die Substanz erhalten bleibe *(salva rei substantia)*, mochte die Lebenskraft des Arbeiters vertragsmässig zerstört werden. Der Handel war als ein erlaubter kleiner Betrug angesehen. Beim Viehhandel griff zuerst der Magistrat mit positiven Anordnungen ein, weil hier der Grundbesitzer zu schützen war. Ebenso schutzlos war der Handwerker; noch in der Kaiserzeit scheiterte der Versuch Labeo's, ihm sein Produkt durch Spezifikation zuzuwenden. Der Besitz (Eigentum) war ewig, so dass auch der Besitzlose ewig ausgeschlossen war. Das Gut war Familiengut und gehörte dann für immer der Familie, oder es war Gut des Einzelnen und dann ebenso zeitlos ihm und seinen Rechtsnachfolgern überlassen. Alle diese und andere Grundsätze, welche aus dem Nebeneinanderbestehen einer herrschenden Kriegerkaste, die besitzt, nicht arbeitet und die Gesetze zu ihren Gunsten macht, und einer dienenden Klasse. die arbeitet, nicht besitzt und die Gesetze über sich ergehen lassen muss, hervorgegangen sind, wurden von der romanistischen Jurisprudenz als logische Notwendigkeiten angenommen und sind noch heute durch die Autorität der Wissenschaft gestützt.

Stellt man von der Gesellschaftsidee aus die Frage: Was bringt der Einzelne in die menschliche Gesellschaft ein; wie sind nach den Einlagen die Lasten und Vorteile, Arbeit und Einkommen zu verteilen? so muss die Antwort lauten: Der Mensch bringt nichts ein und kann nichts einbringen als sich selbst.

Die Erkenntniss dieser Tatsache — dass der Mensch nackt geboren wird — ist die Bedingung für das Verständniss aller demokratischen Verteilungsgrundsätze. Vor und unabhängig von der Gesellschaft besteht kein Eigentum. In einem staatlosen Zustand entscheidet die Macht. Der Stärkste nimmt und behält, bis ein Stärkerer kommt. Auch mit sogenannten rechtsphilosophischen Gründen lässt sich ein natürliches Eigentumsrecht nicht ableiten. Wenn sich Jemand einer Sache bemächtigt hat, so kann, was durch Gewalt besteht, auch durch Gewalt genommen werden. Ebensowenig vermag das tatsächliche Besitzen

ein Recht zu begründen; man kann dem Besitzer entgegnen, dass eben, weil er die Sache bisher genossen hat, er nun einem Anderen weichen soll. Aber auch die Bearbeitung schafft kein ausserhalb der Gesellschaft bestehendes Recht, wie dies an einem Beispiel anschaulich wird. In einer privaten Gesellschaft habe ein Gesellschafter durch seine Kraft und Vorsicht ohne Mitwissen und Mittun der Anderen eine Angelegenheit durchgeführt und einen Gewinn erzielt. Wem gehört der Gewinn? Die Antwort ist juristisch zweifellos: der Gesellschaft. Der Gesellschafter mag für seine Verdienste eine Anerkennung oder Belohnung erhalten; aber was er erworben hat, ist für die Gesellschaft erworben.

Um Missverständnissen vorzubeugen, soll hier sofort bemerkt werden, dass durch diese Erkenntniss das Privateigentum als Institution nicht ausgeschlossen ist. Nur seine Natur erscheint verändert. Es ist kein Urrecht des Einzelnen, kein Recht von der Natur oder von Gottes Gnaden, kein ausserhalb der Gesellschaft stehendes, durch die Gesellschaft nicht angreifbares Eigengut; und wenn die Unverletzbarkeit des Eigentums in die Staatsgrundgesetze eines Landes aufgenommen ist, so soll hiedurch kein solches Urrecht, sondern nur ein Schutz gegen eigenmächtige, ohne Gesetz und richterliche Prüfung vorzunehmende Eingriffe der Exekutive geschaffen werden. Das Privateigentum ist vielmehr eine rechtspolitische Einrichtung, eine der sozialen Maschinen, durch welche die gesellschaftliche Verteilung bewerkstelligt wird. Es hat grosse Vorteile, auch grosse Schäden. Man darf es nicht leichthin aburteilen und seine Abschaffung aussprechen. Aber es ist auch nicht unangreifbar und kann nach dem Ausgang einer sorgsamen Prüfung durch ein entsprechenderes, Ordnung und Selbständigkeit der Einzelnen mehr wahrendes Verteilungsmittel ersetzt oder modifizirt werden. Es ist — das ist zu wissen notwendig — kein Recht des Einzelnen gegenüber der Gesellschaft, sondern ein Recht durch sie. Man darf sich nicht beirren lassen, dass diese Auffassung des Eigentums bei uns nicht sogenannt „historisch“ ist, dass der gesellschaftliche Gedanke auf die Auffassung und Behandlung des Eigentums in den Zeiten des Herrenrechtes nicht bestimmend gewirkt hat. Auch bei der Verwaltung ist auf dem europäischen Kontinente

der Gedanke der Volkssuveränetät nicht „historisch“, d. h. in langsamer Entwicklung entstanden. Er ist mit dem freien Volk geworden, und ebenso wird auch mit der Freiheit des Volks die demokratische Auffassung des Eigentums. Nach hundert Jahren wird sie historisch sein.

Die Erde gibt nicht von selbst, was die Menschen brauchen, sie verlangt Arbeit. Das ist zunächst eine Tatsache, ein praktisches Naturgesetz. Aber jede Gesellschaft muss ihm gegenüber Stellung nehmen, und erhält hiedurch ihren Charakter. Arbeit, insbesondere die nüchterne stetige Tagesarbeit, welche die Mittel zum Leben schafft, ist eine Last. Wo Herren und Knechte sind, wird sie dem Knechte auferlegt; der Herr schafft an und geniesst. Das ist die Idee des heutigen Eigentums. Es ist wirtschaftliches Herrentum. Es gibt dem Herrn die Frucht, welche der Knecht gebaut hat. Die Demokratie verlangt Gleichmass. Jeder gehört zum Ganzen, jeder hat gleiches Recht zum Genuss, gleiche Pflicht zur Arbeit.

Das ist der Grundgedanke, der aus der Idee einer freien, alle Menschen umfassenden Gesellschaft für die Verteilung von Arbeit und Genuss erwächst. Das Gleichmass ist nicht mechanische Gleichheit. Die Menschen sind durch Naturanlage, Umgebung und, soweit nicht durch gesellschaftliche Einrichtungen vorgesorgt ist, durch Erziehung verschieden. Bei einer Zwangsgenossenschaft, wo das Moment wegfällt, dass jeder, der nicht will, nicht eintreten, und jeder, der nicht gefällt, nicht aufgenommen werden muss, ist Individualisirung um so notwendiger. Arbeits- und Genussanteil müssen in Art und Mass der Individualität angepasst werden. Nur gibt es keine Klasse von Menschen, welche nach Recht besitzen darf, ohne zu arbeiten, noch eine andere, welche arbeiten müsste, ohne Anspruch auf Besitz. Die Verschiedenheit ist individuell; sie steht der Gleichheit nicht entgegen, sondern ist ihre Folge und wird durch sie bestimmt.

Der Gedanke ist für unser Recht revolutionär, weil dieses noch die Unfreiheit der Arbeit zur Voraussetzung hat. Das römische Recht wurde rezipirt, weil es den Anschauungen der feudalen Herren entsprach. Zwischen den Sklaven Roms und den Leibeigenen der Feudalzeit war wirtschaftlich kein Unterschied. Die juristischen Grundsätze, welche diese Ordnung aus-

drückten und festhielten, sind aber im Wesentlichen noch heute beibehalten, und die Folge ist, dass noch bei uns Genuss (Besitz) und Arbeit getrennt sind. Wir haben noch heute wirtschaftlich die Teilung der Bevölkerung in Herren und Knechte. Alle sozialen Kämpfe unserer Zeit haben darin ihren Grund.

Die Fürsprecher der nach dieser Ordnung wirtschaftlich rechtlosen Klasse, welche fast das ganze Volk umfasst, stellen drei Grundrechte, d. h. drei leitende Grundsätze für die Umgestaltung der Rechtsordnung auf: das Recht auf den Arbeitsertrag, auf Existenz und auf Arbeit. Die Rechte sind nicht neu; neu ist nur das Verlangen, sie als oberste Grundlagen der Rechtsordnung anzunehmen.

Das Recht auf den Arbeitsertrag ist der Schutz des Arbeiters. Ein Arbeitsvolk muss daher dieses Recht schaffen, so wie ein Volk von Eroberern ein Recht schaffen muss, welches die Beute dem Sieger zuweist, weil es sich sonst die Quelle seines Erwerbs verschliesst. Alle Ansprüche des Arbeiters als solchen ruhen auf diesem Grundrecht; auch z. B. sein schon heute anerkannter Anspruch auf rechten Lohn. Arbeit und Lohn, d. h. Anstrengung und Geld lassen sich nicht vergleichen; verglichen können nur Arbeitsprodukt und Lohn werden. Sie sind blos dort ungefär gleich, wo der Arbeiter durch Eigenbesitz oder besondere Schulung wirtschaftlich stark ist; im Allgemeinen muss der Arbeiter dem Besitzer den Herrenanteil abgeben; und dagegen, gegen Zins und Profit des Herrn, richtet sich der Kampf der Arbeiter. Unter Profit ist hiebei nicht die Entlohnung des Unternehmers für seine Arbeit (in welche auch die Unternehmungstat selbst einzubeziehen ist) verstanden, sondern der durch Ausnützung seiner wirtschaftlichen Uebermacht genommene Mehrteil (Mehrwert).

Das Recht auf Existenz hat unter allen Rechten den allgemeinsten Charakter. Man könnte es das Grundrecht (im engsten Sinn) nennen. Es ist der juristische Ausdruck der Selbsterhaltung. Seine wirtschaftliche Bedeutung hat es als Schutz des Armen. Der Arme lebt, das ist sein Recht. Die Gesellschaft hat ihm das natürliche Mittel zur Selbsterhaltung, die Eigenmacht, genommen; sie hat ohne seine Mitwirkung Alles verteilt und versperrt ihm den Zugang. Schon das würde sie binden, ihm Ersatz zu geben. Aber er gehört auch wie jeder Andere

zur Gesellschaft, die für Aller Existenz sorgen muss, bevor sie ein Wohlleben Einzelner gestatten darf. Im Mittelalter hat das Recht des Armen den Charakter eines blossen Almosenempfangs, den das Grundrecht abstreift.

Das Recht auf Arbeit hat sich aus dem Recht auf Existenz durch den Arbeitsgedanken entwickelt. Es ist der Schutz des armen Arbeiters. Die verstrickende Gewalt der Gesellschaft ist durch die ausgebildete Arbeitsteilung gewachsen. Jeder ist in eine bestimmte, eng begrenzte Arbeitsweise gebannt. Fehlt diese Arbeit, so ist er ohne seine Schuld erwerbslos. Wie der Soldat, der in der Kaserne festgehalten wird, auch im Frieden besoldet werden muss, wobei man ihn in angemessener Weise beschäftigen oder zum Dienst vorbereiten mag, so hat die Arbeitsgesellschaft diese Pflicht gegen den arbeitswilligen, arbeitslosen Mann. Der Unterschied des Rechtes auf Arbeit vom Existenzrecht liegt in der bereits zu Anfang hervorgehobenen Eigenart der modernen Bewegung. Sie ist industriell-demokratisch, und der soziale Ausdruck dieses besonderen Charakters ist die Ehre der Arbeit und der Selbsterhaltung durch sie. Schon die Kirche hatte mit Anlehnung an die Volkssitte die Arbeitspflicht (freilich nicht für die Herren) aufgenommen; sie schrieb vor zu beten und zu arbeiten. Die staatlichen Verwaltungen schieden dann bei der Armenversorgung Arbeitsunfähige, denen unmittelbar Almosen, und Arbeitslose, denen Arbeit gegeben wurde. Das moderne Grundrecht knüpft an diese Versorgung an, verwirft aber mit besonderem Nachdruck den Gedanken des Almosens.

Alle diese Grundrechte entsprechen dem Verlangen der aus armen Arbeitern bestehenden Volksmasse, den Druck der bisherigen Rechtsordnung zu brechen, und die herrschende kriegerisch-aristokratische Gesellschaft in eine demokratische Arbeitsgesellschaft umzugestalten.

Im Folgenden soll ein Bild dieser Umgestaltung gegeben, es soll durch Verknüpfung dieser Rechte mit einander und mit den Grundlagen einer geordneten Rechtspflege der Grundriss eines Rechtssystems von industriell-demokratischem Charakter dargestellt werden.

Man muss aber die leitenden Grundsätze von den Einrichtungen unterscheiden, welche man zu deren Ausführung

trifft. Von der Erkenntniss, dass der elektrische Strom zur Beleuchtung oder Arbeitsübertragung zu verwenden sei, bis zur Konstruktion verwendbarer Apparate ist ein weiter Weg. Auch das Verhältniss von leitenden Rechtsgrundsätzen zu Gesetz und Rechtsinstituten im einzelnen Staat wird erst dann richtig beurteilt, wenn man das Gesetz als Feststellung, die Institute als Bestandteile des sozialen Ausführungsapparates auffasst. Ehe, Eigentum, Vertragszwang, Erbrecht verlieren dann wol ihren mystischen Schimmer; die Verkündigung ihrer Heiligkeit erscheint nur als Mittel, sie im Volke festzuwurzeln. Aber die Wissenschaft beginnt erst, wo die Mystik aufhört.

Dem individualisirten Gleichheitsgedanken entsprechend wäre der von Cabet und Louis Blanc vertretene Grundsatz: „Jeder arbeitet nach Art und Mass seiner Kraft und geniesst nach Art und Mass seines Bedarfs." Dieser Grundsatz muss schon derzeit beobachtet werden, soweit die obligatorische Verteilung von Staatswegen reicht. Die Steuer zu den gemeinsamen Auslagen muss nach der Kraft der Einzelnen bemessen, die Leistungen der Gesammtverwaltung in Unterricht, Erziehung, Kulturarbeit aller Art müssen jedem nach seinem Bedarf gereicht werden. Das ist auch der Sinn des Verlangens nach Unentgeltlichkeit aller dieser Leistungen; denn das Entgelt drückt eine mechanische Gleichheit aus, während die Leistungen organisch gleichmässig sein sollen. Aber die obligatorische Gesammtverwaltung, obwol sie derzeit das Ideal sozialistischer Träume ist, hat ihre besonderen schweren Gefaren. Sie ist dem Absolutismus, dem Protektionswesen, dem Strebertum und der Pedanterie ausgesetzt und eine Mehrheit kann ihre Gewalt ebenso missbrauchen und ist zu solchem Missbrauch ebenso geneigt, wie ein Einzelner. Auch ist die Beurteilung der Kraft und des Bedarfes der Einzelnen über ein gewisses, nicht allzu hohes Mass hinaus unmöglich. Die gesellschaftliche Organisation wäre auf ein zu weites Ermessen angewiesen, welches, wenn es dem einzelnen Bürger zukäme, Trägheit und Genusssucht, wenn den aufzustellenden Kontrollsorganen, Willkür und Herrschsucht begünstigen, in beiden Fällen eine gerechte Verteilung hindern würde. Nur in einer kleinen Gemeinde von Edlen, in der jeder sich selbst kontrolirt, jeder aber auch dem Anderen das Vertrauen dieser Selbstkontrolle gibt, könnte die Idee einer obli-

gatorischen, Alles umfassenden Gesammtverwaltung durchgeführt werden. Alle sozialistischen Utopien haben ideale Menschen zur Voraussetzung, und diese Voraussetzung ist falsch, wird noch in Jahrhunderten falsch sein. Wie schon Plato erkannte, sind nur theoretisch die Weisen, praktisch die Gesetze die besten Herrscher.

Andererseits kann aber die Verteilung auch nicht dem Wechselspiel des freien Verkehrs überlassen werden, selbst nicht unter Einschränkung derselben durch Gesetze, weil Gesetze stets nur allgemein gehalten sein können. Der Grundzug des einzelnen Menschen ist egoistisch und der Egoismus teilt ungleich; im freien Verkehr werden die Schwachen unter den Augen des Gesetzes unterdrückt. Die Gleichheit kann daher nur durch einen über den Einzelnen stehenden, mächtigen Organismus erreicht und erhalten werden. Die Demokratie verlangt grundsätzlich den Sozialstaat, einen Organismus, der dem Rechtsstaat ähnelt, sich aber nicht wie dieser darauf beschränkt, das Mein und Dein zu erhalten, während er dessen Bildung dem Spiel der Gewalt und des Zufalls überlässt, sondern die gerechte, auf Gleichheit Aller fussende Verteilung von Vorteilen und Lasten in ihrer Gesammtheit zum Gegenstand seiner Fürsorge nimmt. Der Sozialstaat muss auf die Verteilung einen massgebenden Einfluss üben. Nur das Wie ist in Frage; die richtige Mitte zwischen dem Zuviel- und Zuwenig - Regieren. Die Gesammtverwaltung kann und darf nur einen Teil der Verteilungsarbeit unmittelbar selbst übernehmen, den anderen muss sie der Autonomie der Bürger überlassen, durch Gesetze lenken und überwachen. Die Abgrenzung der beiden Teile ist Sache der Zweckmässigkeit. Wieweit die Gesammtverwaltung reichen soll, ist nicht logisch, sondern nur politisch zu beurteilen. Die Teilung gehört zur Organisation des sozialen Verwaltungsapparates, und die Grenze ist nach Zeit und Ort veränderlich. Juristisch geformt heisst dies: Das Privatrecht ist nicht wesentlich vom öffentlichen Recht verschieden; die Frage, was als Privatrecht angenommen, was dem freien Verkehr unter gesetzlicher Regelung überlassen werden soll, ist nach gesellschaftlichen (öffentlichrechtlichen) Rücksichten zu beurteilen; das Privatrecht ist nur ein Teil des öffentlichen Rechtes.

Soweit die Verteilung autonomisirt wird, d. h. soweit freier Verkehr durch Gesetze regulirt (Privatrechtsverkehr) die

Verteilung bestimmen soll, kann ihre Ordnung manche Aehnlichkeit mit dem derzeitigen Rechtssystem aufweisen. Sie unterscheidet sich von ihm aber wesentlich dadurch, dass die Grundrechte geändert, dass die regulirenden Einrichtungen (Eigentum, Vertrag u. a.) ihrer Heiligkeit beraubt sind und nur als Mittel, die gleichmässige Verteilung zu verwirklichen, erscheinen. Sobald ihre Logik das Gleichmass verletzt, muss das Gesetz sie abbrechen; sobald sie sich als nicht entsprechend erweisen, können sie geändert oder aufgehoben werden. Der Zügel liegt in der Weisheit des Gesetzgebers, in seiner besonnenen Erwägung der Folgen, in seiner Rücksichtname auf Lebensgewohnheiten und auf die Empfindungen, die mit ihnen verwachsen sind, und die bei starkem Eingriff Leidenschaften erzeugen können, welche die Absichten des Gesetzgebers durchkreuzen. Der Grundgedanke des Sozialstaates verpönt Eigentum und Vertrag nicht; er stellt sie aber als dienende Glieder in die Reihe der Verteilungsmittel.

Soweit allgemeine Normen die Verteilung regeln sollen, ist der Grundsatz, dass jeder nach seiner Kraft arbeitet, nach seinem Bedarf geniesst, in reiner Form nicht durchführbar. Die Begriffe „Kraft“ und „Bedarf“ sind zu wenig bestimmt, um gesetzlich gefasst werden zu können. Es ist deshalb notwendig, die Idee praktikabel zu machen, d. h. Grundsätze aufzustellen, durch welche die Idee nach Möglichkeit gewahrt wird, welche aber fest, klar, durch logische Fortbildung ausführbar und damit auch kontrollirbar sind. Man wird nur bei der Ausgestaltung dieser Grundsätze immer wieder auf die ursprüngliche Idee zurückblicken müssen, um nicht durch Logik unvernünftig zu werden und durch sogenanntes höchstes Recht höchstes Unrecht zu schaffen.

Die Einrichtungen, welche der individualisirten Verteilung nicht zugehören, werden hier ausgeschieden. Für die Organisation dieser selbst aber scheint die Idee der Gleichheit durch die Formel Considerant's, d. h. durch die Aufstellung der folgenden Grundsätze am meisten verwirklicht zu werden:

1. Das absolute Existenzminimum ist jedermann ohne Rücksicht auf Arbeit gewärleistet. Es ist der Regelung des freien Verkehrs entzogen.

Das Recht auf Existenz wird hiedurch in seinem Minimalgehalt als (allgemeines) Sonderrecht, als unangreifbares, allen

Zweckmässigkeitsfragen entzogenes Recht erklärt. Die humanitären Gründe, welche für dieses Recht sprechen und welchen man sich schon jetzt fügt, ruhen zuletzt auch auf der Gesellschaftsidee. Denn das Mitgefül war ursprünglich blos eine Art Nachahmung und hat sich nur allmälig durch seine soziale Natur, durch die von der Menge unbewusst, von den grossen Lehrern der Menschheit voll erkannte Tatsache, dass das Wohl Anderer die Bedingung unseres eigenen Wohls ist, zu einer volkstümlichen Empfindung verstärkt. Sozialpolitisch spricht für das Sonderrecht, dass die Not die Hauptursache von Krankheiten und Verbrechen ist und dass jemand blos ein Verbrechen zu begehen braucht, um im Gefängniss verpflegt zu werden. Es ist gewiss vorteilhafter diese Fürsorge zu treffen, ohne den Einzelnen in solche Zwangslage zu versetzen.

Aber die Grundidee der Verteilung führt zu ihm auch direkt. Dem Einzelnen ist Arbeit nach seiner Kraft vorgeschrieben; wenn die Kraft oder Gelegenheit fehlt, entfällt die Arbeitspflicht. Soll dies nun erst kontrolirt werden, bevor man zu essen gibt? Juristen mögen an die Besitztheorie Rudolf's von Ihering erinnert werden. Der Besitz wird nach ihm nicht an sich geschützt, sondern weil der Besitzer regelmässig Eigentümer, der Beweis des Eigentums aber schwierig und daher, wenn der Eigentümer seine Sache hat, nicht zu fordern ist. Um des regelmässigen Eigentums willen wird nach dem Titel des Besitzes nicht gefragt, und in Folge dessen in Ausnamsfällen auch der unrechtmässige Besitzer geschützt. Ebenso ist Existenzlosigkeit in den meisten Fällen unverschuldet, sie entspringt aus Mangel an Arbeitskraft oder Arbeitsgelegenheit. Aber der Beweis hiefür ist, wie man sich aus der Praxis der Straf- und Polizeibehörden überzeugen kann, sehr schwierig und man soll nicht bis zum Beweis hungern und ohne Obdach lassen. Die unterschiedslose Gewärung des Existenzminimums soll daher nicht grundsätzlich ein Recht arbeitslos zu leben anerkennen, sondern beteilt in Ausnamsfällen auch den Arbeitsunwilligen, um den Arbeitsunkräftigen sicher zu schützen.

Die Ausführung dieses Grundsatzes ist vornemlich in dem Ausbau einer geordneten Armenversorgung gelegen. Das Institut der Exemtion (Befreiung der minimalen Grundlage für Leben und Erwerb von der Exekution) steht dem Recht auf Arbeit

näher. Es hat den Schuldner im Auge, der seine Familie durch seine Arbeit erhalten will und dem die Vorbedingungen hiefür gelassen werden sollen. Es schützt deshalb auch nicht blos das absolute, sondern das normale Existenzminimum.

2. Arbeitsunfähigen ist die Existenz gewärleistet.

Die Versorgungspflicht der Gesellschaft ist hier umfassender, weil die Idee, dass jeder nur nach seiner Kraft mitzuarbeiten hat, direkt zur Geltung kommt, der Schutz also definitiv zu gewären ist. Arbeitsunfähig sind insbesondere Kinder, Greise und Sieche. Ob sie in Verpflegung der Familie belassen werden sollen, was namentlich bei Kindern aus erzieherischen Rücksichten die Regel bilden mag, oder ob sie in öffentlichen Verpflegsanstalten unterzubringen sind, ist Frage der Ausführung. Grundsätzlich aber hat die Gesellschaft für sie zu sorgen. Es ist ein Widerspruch mit der demokratischen Idee, dass es bei uns — nicht blos bei Tagarbeitern, sondern in viel weiteren Kreisen — ein Unglück ist, viele Kinder zu haben, dass es geradezu als eine gebotene Fürsorge der Eltern für ihre Kinder angesehen wird, einen grossen Kindersegen selbst künstlich zu verhüten. Die Theorie von Malthus ist in ihrem allgemeinen Teil richtig; wie bei Pflanzen und Thieren, so bleibt auch bei den Menschen nur ein geringer Prozentsatz der Geborenen am Leben. Aber seine und seiner Nachfolger praktische Folgerungen konnten nur auf dem Sumpfboden der Herrengesellschaft gedeihen. Eine Gesellschaft mit Arbeitseigentum braucht sie nicht, braucht auch nicht (wie man ihr vorwarf) den Hunger zu dingen, um zur Arbeit anzuhalten. Das tut nur die heutige Gesellschaft, welche bei der grossen Zahl der ungelernten Arbeiter schon oft das Mittel des Aushungerns praktisch verwertet hat. In einer Gesellschaft, in welcher das Eigentum auf Arbeit gestützt, die Arbeit geehrt, das Kind derart erzogen wird, dass es die Arbeit nicht als Zwang des Armen und Zurückgesetzten, sondern als allgemeine Pflicht kennen lernt, sind Sitte, Ehrgefühl und Verlangen nach Besserem stark genug, um zur Arbeit anzuregen. Die Versicherung der Arbeiter für Krankheit und Alter, sowie die Versicherung ihrer Witwen und Waisen ist nicht Versorgung aus dem Existenzrecht, sondern gehört dem Recht auf Arbeit an. Der Beitrag

ist ein Teil ihres Lohns. Die allgemeine Versorgungspflicht tritt nur ergänzend ein.

3. Sind durch die Sorge des Staates um die allgemeinen Vorbedingungen der Arbeitsfähigkeit und durch das Sonderrecht der Existenz die schwersten Folgen aus dem Missverhältniss zwischen Arbeitskraft und Bedarf beseitigt, so ist nunmehr als oberster Grundsatz für die Organisation der Verteilung aus dem Gedanken der Arbeit das Arbeitseigentum. d. h. der Parallelismus zwischen Arbeit und Erwerb aufzustellen. Der Besitz folgt der Arbeit. Die Organisation hat dafür zu sorgen, dass jeder Arbeiter erwirbt, dass der Erwerb der Leistung entspricht, und dass ohne Arbeit auch nicht erworben wird. Die erste Forderung — das Recht auf Arbeit (Arbeitsgelegenheit) — ist im Allgemeinen an die Gesammtverwaltung gerichtet, obzwar auch Vorschriften für den Arbeitsvertrag, z. B. entsprechende Kündigungsfrist, Versicherung für Arbeitslosigkeit u. a., dem Zwecke dienen. Die anderen beiden verwirklichen das Recht auf den Arbeitsertrag.

Das heutige Recht verewigt das Herrentum. Da Beute und herrenloses Gut nicht mehr in Betracht kommen, so ruht aller Erwerb auf bereits bestehendem Besitz oder Gabe (Willkür) des Besitzers. Was erworben ist, bleibt dem Besitzer, so lange er es nicht selbst aufgibt. Was aus dem Erworbenen entsteht, wächst ihm zu. Der Besitzer ist noch Herr über seinen Tod hinaus; Beschränkungen (Pflichtteil) kommen nur seiner Familie zu Gute. Arbeit ist kein Erwerbsgrund; alles Recht des Arbeiters ruht nur auf Vertrag.

Während also die Menschen wechseln, bleibt der Besitz wechsellos. Die Mittel zur Arbeit und zum Leben sind in fester Hand, und der Arbeiter, der sie braucht, ist dem Besitzer ausgeliefert. Deshalb erwirbt man auch heutzutage im Allgemeinen nur Wohlstand durch Zins, Unternehmungsprofit, Spiel, Erbschaft und Luxusarbeit; die ruhige produktive Arbeit lässt in Not. Die Arbeit als Grundlage des Vermögensrechtes verhält sich zu dieser Ordnung nicht anders, wie das allgemeine Stimmrecht zur Regierungsform des Mittelalters. Sie verlegt das Recht in das Volk; sie schützt den Lebenden gegen den Todten, die Person gegen die Sache.

Der Satz, dass Arbeit Grund des Rechtes ist, erscheint national-ökonomisch in der Theorie, dass Arbeit den Wert schafft. Wessen der Wert, dessen das Recht. Der Zusammenhang der Theorie mit dem Recht zeigt sich in einem Vorspiel im römischen Recht. Als durch griechische Künstler die Produktion geachteter wurde, stellte der grosse Reformer Labeo, indem er sich formell an das Bestehende anschloss, den Satz auf: das Produkt sei eine neugeschaffene Sache, welche noch keinen Herrn habe und falle deshalb nach Okkupationsrecht dem Produzenten zu. Die alte Schule wies dies zurück, weil die Arbeit nicht schaffe, sondern nur forme. Derselbe Gegensatz, nur der veränderten Untersuchungsweise gemäss in ökonomischem Gewand, beherrscht den Streit zwischen Physiokraten und englischer Schule. Man spricht von den werterzeugenden Faktoren und behandelt das Recht ihrer Eigner. Die Physiokraten verfechten das Recht des Grundadels, die Engländer das der Arbeitsunternehmer (Pächter). Die Loslösung von Arbeit und Unternehmung in Fortsetzung der Theorie wurde dann von Marx vollzogen. Der Rechtsgedanke in der Theorie des Arbeitswerts wird auch von den sozialistischen Schriftstellern, besonders klar von Rodbertus empfunden. Er findet in ihr die Verwirklichung des „strahlenden *suum cuique*". Nur Marx ist scheinbar antiethisch, d. h. fragt bei seiner Untersuchung nicht nach Recht oder Unrecht. Scheinbar, denn wenn er den Kapitalismus nicht für Unrecht angesehen hätte, so würde er weder das Manifest von 1847 erlassen, noch die Internationale begründet haben. Man rüstet so nur gegen Unrecht. Marx unterscheidet sich von den Anderen blos in der Metode. Während diese sofort nach den Heilmitteln forschen, untersucht er den krankhaften (d. h. unrechten) Zustand, die Ursache, die ihn geschaffen hat, die Verhältnisse, die ihn kennzeichnen, und seinen naturgemässen Verlauf. Die Heilung findet er dann lediglich in einer Krise, d. h. in dem Untergang der kapitalistischen Gesellschaft. Er ist daher auch allen Besserungsversuchen abgeneigt und die heutige Arbeiterbewegung folgt ihm nur theoretisch; nicht in ihren Reformbestrebungen, sondern in den Verwahrungen, mit denen sie sie begleitet. Als das massgebende Uebel erkennt Marx aber ebenso wie die Anderen die Aneignung des das Existenzminimum des Arbeiters übersteigenden

Produkts durch den Nichtarbeiter. Seine rein tatsächliche Untersuchung bricht auch bei seiner Theorie des Sachwertes ab. Denn der Sachwert ist in der heutigen Wirtschaftsordnung zwar Funktion der Arbeit ($W = F(A)$), ist ihr aber nicht korrelat $\left(\frac{W}{W_1} = \frac{A}{A_1}\right)$. Heute rechnet der Unternehmer (auch im Durchschnitt) die Erhaltungskosten des Arbeiters auf das Gut, und schlägt einen Gewinnsatz zu, welcher der Arbeit nicht genau proportional ist. Die Arbeitswert-Theorie ist für die Gegenwart kein Sein, sondern ein Seinsollen, ein Rechtsgedanke, welcher die Abschaffung der Rente und die Zuteilung des Arbeitsproduktes an den Arbeiter verlangt. Von ihm aus erscheint die Einschränkung des Arbeitslohns auf das Existenzminimum und die Aneignung des Mehrwertes nicht mehr als einfache, sondern als unrechte, den Arbeiter verkürzende Tatsache.

Das Prinzip, dass Eigentum Arbeitslohn ist, d. h. sein soll, verlangt sistematisch die Anerkennung aller wirtschaftlichen und Rechtseinrichtungen als Mittel, um die Arbeit zu organisiren und die Güter entsprechend der Arbeit zu verteilen, als Funktionen der Arbeit (im mathematischen Sinn). Der Landmann soll im Preis der Bodenfrucht den Lohn für seine Jahresarbeit, der Kaufmann in der Differenz zwischen Kauf- und Verkaufpreis den Lohn für seine wirtschaftliche Vermittlung erhalten. Die Sache, die in den Verkehr gebracht wird, soll in ihrem Wert die Verkörperung der auf sie verwendeten Arbeit sein. Der Arbeiter dient dem Unternehmer nicht, sondern ist sein Mitarbeiter am Werk; nur die notwendige Disziplin schafft Ueber- und Unterordnung. Der Vertrag ist blos eines der Hilfsmittel für die der Arbeit entsprechende Teilung. Das Gesetz überlässt den Parteien in gewissen Grenzen und mit Vorbehalt der Ueberprüfung die Bestimmung der ihnen gehörigen Anteile, für deren genaue Fixirung die Hilfsmittel fehlen. Ebenso soll das Eigentum Arbeitsfunktion sein, Frucht der Arbeit und Anregung zu ihr. Wo diese Funktion aufhört, hört sein Rechtscharakter auf. Daher soll das Grundeigentum Staats- oder Bauerneigentum sein und die Frucht dem Pflanzer gehören.

Das Arbeitseigentum verpönt alle Erwerbsformen, welche nicht eigene Arbeit zur Voraussetzung haben, welche daher auf Arbeit Anderer, Zufall, Begünstigung oder unentgeltlicher Zu-

wendung beruhen, und verlangt die Festigung und Neuerrichtung von Erwerbsformen, welche der Arbeit ihren Lohn (Ertrag) sichern. Es erweitert den Begriff der Ehrlichkeit auf Arbeit und Lohn (Solidität). Es schafft und begrenzt das geistige Eigentum. Es wirkt gegen Herreneigentum und reales Monopol an Produktions- oder unentbehrlichen Lebensmitteln, gegen Erwerb durch Spiel, gegen Erhöhung des Reichtums durch Zufälle, die ohne Verdienst des Besitzers den Gutswert heben; gegen Protektionswesen und Sinekuren; gegen grosse Schenkungen und unter ihnen namentlich gegen die häufigste Erwerbsart ohne Arbeit, gegen das Erbrecht. Nur die Sorge für Witwe und Waisen, für die bedürftigen Eltern und Geschwister hat als Erfüllung gesetzlicher oder sittlicher Alimentationspflicht eine tiefere Begründung; im Uebrigen verlangt die Idee des Arbeitseigentums eine vollständige Umgestaltung des Erbrechtes, das in seiner heutigen Gestalt sozial charakterlos ist.

Das Wort „Arbeitseigentum“ ist zu eng, es drückt den Gedanken nicht vollständig aus. Verlangt wird eine grosse, allgemeine wirtschaftliche Organisation, bei welcher die Arbeit ebenso herrscht, wie bei den Römern und Rittern der Kampf, in welcher Alles darauf zielt, ein freies, arbeitsfreudiges Volk heranzubilden.

Wie die Demokratie in der Regierung nur langsam und in zahlreichen Uebergangsformen erkämpft wird, so ist auch nicht zu erwarten, dass die Demokratisirung des Privatrechtes, das Arbeitseigentum, unvermittelt zur Anerkennung gelangt und nach einem Plane konsequent durchgeführt werden kann. Ebenso muss man damit rechnen, dass einzelne Ungleichheiten niemals werden beseitigt werden können. Man kann die Zahl nur möglichst vermindern, die volle Gerechtigkeit ist eine Asymptote. Man muss mit Kraftverlust rechnen, wie bei der Benützung einer mechanischen Arbeitsquelle. Das Prinzip ist daher aufzustellen und nunmehr bei jeder Gelegenheit, in jedem einzelnen Fall, bei jeder einzelnen Gruppe der Rechtsverhältnisse, bei jedem Gesetzentwurf und jeder administrativen Neuordnung einzuführen. Das Privatrecht ist in aller Weise mit dem Prinzip zu durchdringen, welches, wenn es einmal kräftig Fuss gefasst hat, sich durch eigene Konsequenz immer weitere Geltung verschaffen wird.

Dem österreichischen Parlament liegt z. B. derzeit ein Gesetzentwurf über das Urheberrecht vor. Nach demokratischer Idee kann nur von dem Gedanken ausgegangen werden, dass dem geistigen Arbeiter (ausser dem Schutz seines Namens) ein angemessener Lohn gewärt werden soll; die Grundlage des ewigen Eigentums ist von vornherein abzulehnen. Das Pfandrecht der Bauhandwerker, welches man gegenwärtig anstrebt, ist in seiner Idee Arbeitseigentum; das Haus gehört dem Erbauer.

Im deutschen Entwurf eines Civilrechtes könnte die Anerkennung des Arbeitseigentums zahlreiche Verbesserungen bewirken. Er steht noch durchaus auf gemeinrechtlichem Boden. Sein Eigentum ist noch unendlich und unbeschränkt. Das Gebäude wächst noch dem Grund zu. Die Beschränkung von Ewigrechten ist dem Landesrecht überlassen. Die Vorschriften über die Verarbeitung sind unorganisch, die über Fruchterwerb, über Bereicherung, über Geschäftsführung legen der Arbeit zu wenig Gewicht bei. Das Recht des abstrakten Vertrages ist mehr als je auf die Spitze getrieben. Der Entwurf kennt keine besonderen Arbeitsverträge, sondern nur einen allgemeinen Dienstvertrag, den schon Menger trefflich kritisirt hat; der Viehkauf ist geregelt, der Kauf von Menschenkraft ist mit wenigen Gemeinplätzen abgetan. Im Erbrecht ist nicht ein Reformgedanke aufgenommen; sogar das alte weite Verwandtenerbrecht ist beibehalten, obwol es unserem Rechtsbewusstsein unverständlich ist.

Es ist müssig nachzudenken, wie sich die Gesellschaft unter der Herrschaft des Arbeitseigentums entwickeln wird. Als die Dampfmaschine erfunden wurde, wäre niemand in der Lage gewesen, auch nur deren gegenwärtigen Einfluss vorauszusehen. Ist der Grundsatz gut, so werden auch seine Folgen gut sein; die Einzelnausführung wird sich von selbst ergeben. Das Prinzip der Arbeitsorganisation kann auch nicht blos auf eine einzige Art verwirklicht werden. Wenn Einige einen militärisch organisirten Wirtschaftsbetrieb verfechten, Andere einen privaten mit zinslosem Borg der Produktivmittel durch den Staat, oder eine Organisation von Produktivassoziationen: so haben alle diese Formen ihre Vor- und Nachteile und sind alle zum Teil utopistisch. Die Erfarung wird, wenn sie aufhören sollten blosse Ideen zu sein, über ihre Ausführbarkeit und deren Bedingungen entscheiden. Sie wird auch bei den

lebenskräftigen Formen Schäden aufdecken und die Idee wird in mancherseits anderer Form verwirklicht werden, als der Begründer gedacht hatte. Sowie sich derzeit die Privatrechte der einzelnen Völker trotz der gemeinsamen Grundlage des Herreneigentums vielfach unterscheiden, so mögen auch die einzelnen Arbeitsrechtssisteme sich in mancher Art unterscheiden, ohne ihre grundsätzliche Gleichheit einzubüssen. Ihre Güte wird stets darnach zu bemessen sein, ob und wie für die entsprechenden allgemeinen Massregeln zur Ausbildung der Arbeitskraft, für die Anknüpfung des Erwerbs an die Arbeit, ob und wie auch für die Ausnamsfälle gesorgt ist, wo Arbeitskraft und Bedarf sich trennen. Die allgemeinen Grundsätze des Arbeitsrechtssistems stehen nicht auf derselben Stufe mit einzelnen Plänen zu ihrer Durchführung, sondern sind ihnen übergeordnet. Sie weisen die Richtung, müssen aber durch Spezialvorschriften, durch eine konkrete Organisation der Arbeits- und Erwerbsverhältnisse ausgestaltet werden.

Zur Durchführung gehört auch die Verwirklichung des Rechtes auf Arbeit (Arbeitsgelegenheit). Die Arbeit nährt den Mann. Die Organisation muss vorsorgen, dass der arbeitswillige Mann auch Arbeit findet, welche ihn anständig erhält. Sie muss es vorzugsweise durch Fürsorge für die reguläre Beschäftigung (während heute der Arbeitsuchende dem Vagabunden gleichgehalten wird) und Versicherung für Fälle der Arbeitslosigkeit; dann durch öffentliche Arbeitsanstalten und Aufsparung nützlicher, aber nicht an die Zeit gebundener öffentlicher Arbeiten, um in Fällen, wo die reguläre Beschäftigung aus besonderen, nicht vorherzusehenden Gründen versagt, eine aussergewönliche Gelegenheit zu Arbeit und Erwerb gewären zu können. Wir sind gerade in Erfüllung dieser Grundforderung des Arbeiters noch ganz unerfaren. Mit dem Fortschritt der Organisation werden auch die Formen der Fürsorge sich mehren.

Die Verteilung von Vorteilen und Lasten in der Gesellschaft wurde in der bisherigen Ausführung rein wirtschaftlich aufgefasst, weil nur das Vermögensrecht in Frage stand. Die Tätigkeit der menschlichen Gesellschaft soll damit nicht als lediglich auf Erwerb gerichtet bezeichnet sein. Die Gesellschaft ist der Träger der Kultur; nur in ihr und durch sie wird der Mensch zum Menschen. Die Gesellschaft hat dem Einzelnen

nicht blos Obdach und Nahrung zu bieten; die Arbeitsleistung des Einzelnen muss auch nicht wirtschaftlicher Art sein. Alle gemeinnützige Tätigkeit ist produktiv und greift ineinander. Der Mensch lebt nicht vom Brot allein. Aber für die wirtschaftliche Verteilung sind Hunger und Arbeit die Träger der demokratischen Grundrechte. Die Demokratisirung wird in der grundsätzlichen Anknüpfung des Erwerbs an sie, in der Organisation der Arbeitsgesellschaft mit dem Sonderrecht der Existenz verwirklicht. Ihre Verfechter sind durch ihre Masse schon jetzt eine Macht. Dadurch wird auch die Frage sozial. Für jeden, der die Zeichen der Zeit zu deuten versteht, ist die Arbeitsgesellschaft die Gesellschaft der Zukunft. Wenn der soziale Friede erhalten bleiben soll, muss mit Ruhe und Umsicht, aber auch unentwegt das Vermögensrecht unserer Zeit in das ihr entsprechende Recht umgestaltet werden.

Druck von Gottlieb Gistel & Comp. in Wien.



